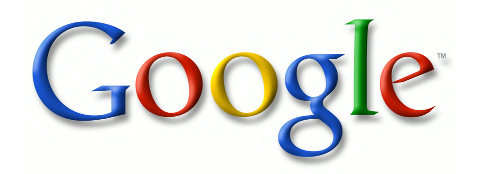
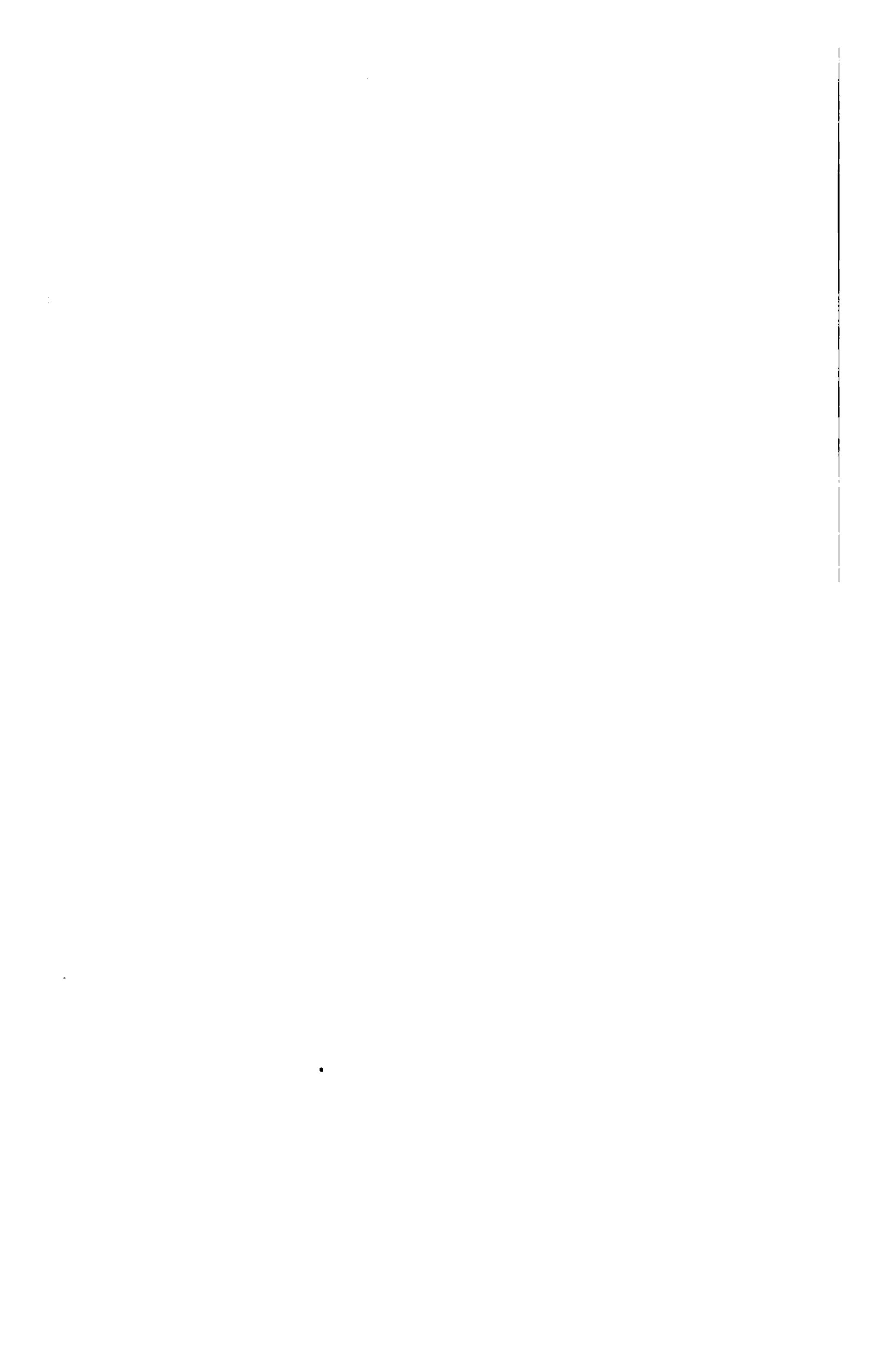




Die Denunciation der Römer.



Die

Denunciation der Römer

und ihr

geschichtlicher Zusammenhang

mit dem

ersten proceßeinleitenden Decrete

von

Dr. Gustav Asverus,
Oberappellationsgerichtsrathe und ordentlichem Professor der Rechte
an der Universität zu Jena.

Leipzig:
F. A. Brockhaus.
1843.

Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der Originalausgabe 1843

ZENTRALANTIQUARIAT
DER DEUTSCHEN DEMOKRATISCHEN REPUBLIK
Leipzig 1970

Druck: (52) Nationales Druckhaus VOB National, 1055 Berlin
Ag 509/27/70 – 1192

Herren

Friedrich Carl von Savigny

dem Rechtsgelehrten

verehrungsvoll gewidmet.

Vorwort.

Mehrere meiner Freunde haben sich schon bei dem Erscheinen meiner legis actio sacramenti darüber gewundert, warum ich mich mehr historischen Forschungen als einem practischen Gegenstande zugewendet hätte, da ich doch eine ganze Reihe von Jahren als Advocat und Richter mich in der Praxis umgethan hätte.

Wenn ich nun aber gerade in der Praxis gefunden habe, daß man, ohne den historischen Zusammenhang einzusehen, die geltenden Quellen ganz zu verstehen oft außer Stande ist, so habe ich es für angemessener gehalten, in dem Theile der Rechtswissenschaft, der mich vorzugsweise interessirt, dem Processe, von der historischen Seite die Sache anzugreifen, und ich finde mehr Befriedigung darin, auf historischem Wege, wie ihn Bethmann Hollweg in der Vorrede zu den beiden ersten Ausgaben seines Grundrisses des Civilprocesses andeutet, auch nur ein Minimum für die Wissen-

schaft gewonnen zu haben, als wenn ich ganze Reihen sogenannter practischer Bücher geschrieben hätte.

Zumal der Proceß liegt noch sehr im argen, gerade weil er meist bloßen Practikern in die Hände gefallen war. Noch die neuesten Proceßcompendien sind ein Beleg dafür. Erst in neuester Zeit ist ein anderer Weg mit Vortheil betreten worden. Vorzüglich Keller's Litiscontestation, Bethmann Hollweg's processualische Abhandlung und dessen erster Band des Handbuches eines Civilprocesses, ingleichen Briegleb's Geschichte des Executivprocesses und einige andere Schriften geben ein Zeugniß hiervon. Ich habe mich diesen um so lieber anschließen wollen, als ihr Streben mir für meine academische Wirksamkeit das einzig Richtige geschienen hat.

Wenn aus der gegenwärtigen Schrift hervorgeht, wie auch das letzte practische Ende derselben ohne den ersten Anfang unmöglich vollständig verstanden werden kann, so hoffe ich dadurch den Beweis geliefert zu haben, wie das Buch auch überhaupt nothwendig practisch ist, und dann werden sich alle meine Freunde doch mit demselben und meinen Bestrebungen aussöhnen.

Ich habe zum Gegenstande meiner Monographie ein zum großen Theile unbebautes Feld genommen, die Denunciationen. Sie bieten durch die Form, durch welche sie mit der Mancipation und namentlich der Testamentsform, welche wie jene eine testatio ist, zusam-

menhängen, so wie durch ihre Wirkungen ein reiches Interesse. Auch das Sprachliche, was allein ein tieferes Eindringen in die Sache möglich machte und uns mit einem nicht ganz unbedeutenden Theile unserer Quellen mehr verständigt, ist interessant. Endlich läßt sich die neueste Form der Proceßeinleitung durchaus nicht richtig verstehen, ohne das Wesen der Denunciationen erkannt zu haben; ja, der ganze Zusammenhang aller verschiedenen Proceßeinleitungsarten des römischen Rechtes wird uns dadurch klar; denn die Denunciationen schlingen sich, so wie durch das ganze Rechtsgebiet, so vorzugsweise von der ältesten Zeit an bis auf die neueste herab durch den Proceß hindurch und daran, daß bis jetzt diese Lehre nicht mehr bearbeitet worden ist, ist einestheils wohl nur Schuld, daß dieselben in den geltenden Quellen, als ein ihrer formellen Seite wegen unpractisches Institut, nicht mehr die Proceßeinleitung bilden, vielmehr bekanntlich deren Spuren in der Beziehung sogar getilgt sind, anderentheils, daß die Glossatoren schon die noch nach dem Corpus Juris zu Feststellung anderer Rechte gebrauchten Denunciationen für unanwendbar achteten.

Die Schrift kann als eine Ergänzung und Fortsetzung von Keller's classischem Werke über die Litiscontestation betrachtet werden. Dieses gibt uns einen trefflichen Blick in das Wesen der Litiscontestation zur Zeit des sogenannten ordo judiciorum privatorum; al-

lein es bietet theils nicht genug für die älteste Zeit, theils läßt es uns über den Zusammenhang der mittleren Zeit mit der neuesten, namentlich der justinianeischen, im Unklaren. In beiden Beziehungen habe ich nach Kräften weitere Aufklärung erstrebt und den Zusammenhang sämmtlicher Perioden herzustellen mich bemüht. Ich glaube im Ganzen das Ziel erreicht zu haben; im Einzelnen weiß ich recht wohl, daß nur durch das thätige Mitwirken Anderer vollständige Aufklärung nach und nach erlangt werden kann. Daß bei einzelnen Momenten Berichtigungen nothwendig seyn werden, dessen bescheide ich mich um so mehr, als, je unbebauter das Feld hie und da war und je lückenhafter die Quellen, desto schwieriger bei manchen Theilen das Wahre sich ermitteln ließ. Ein solcher Mangel kann dieser Schrift daher keinen Eintrag thun.

Bei der Untersuchung bin ich vornämlich von einigen Coderstellen, der c. 3 C. de ann. exc. in Verbindung mit c. 7 §. 5 C. de praescriptione 30 vel 40 ann., sodann von der c. 3 C. de edendo und c. un. C. de litiscontestatione ausgegangen, deren Interpretation den Schluß meiner Untersuchung bildet, ja, sie haben mich zu dieser veranlaßt, indem ich einsah, daß sie ohne ein tieferes Eindringen in die früheren Zustände unmöglich vollständig und richtig begriffen werden könnten.

Bei dem Rückgehen auf die frühere und früheste

Zeit wurde ich auf das Legisactionensystem geführt, ohne welches die späteren Zustände nicht verstanden werden konnten. Ein Senker dieser Arbeiten war die kleine Schrift über die legis actio sacramenti. Man mag nun im Uebrigen wie Huschke der dort entwickelten Ansicht beitreten, die ich noch immer habe, daß diese legis actio ursprünglich auf Zweikampf beruhete, oder mag sie, wie noch wieder neuerlich Puchta, verwerfen, so habe ich doch jedenfalls in jener Schrift meiner Ueberzeugung nach den Zusammenhang dieser legis actio und der per judicis postulationem vollkommen richtig angedeutet, und ich denke diesen in der gegenwärtigen Schrift so weit nachgewiesen zu haben, daß im Ganzen genommen darüber nicht füglich gegründete Zweifel bleiben können.

Wie ich an dem Schlusse jener Schrift bemerkte, war es ohne weitere Begründungen, als sie das Gebiet jener Schrift gestattete, nicht möglich, dort schon die Bedeutung der legis actio per condictionem und ihre Stellung zu den beiden anderen genannten Legisactionen anzugeben. Das habe ich jetzt in dieser Schrift nachgeholt und ich denke, es wird im Wesentlichen auch über den Ursprung und die Bedeutung dieser legis actio und ihre Stellung in dem Legisactionensysteme kein Zweifel mehr bleiben.

Von der materiellen Seite hatte immittelst Savigny das System der Condictionen in seiner tiefen, geistreichen und einleuchtenden Weise in der Beilage XIV.

zu dem fünften Bande seines Systemes des heutigen römischen Rechtes, was nun leider wohl unvollendet bleiben wird, aufgeklärt. Ich brauche, da Jeder leicht einsehen muß, in welchem innigen Zusammenhange das System der Condictionen mit der **legis actio per conditionem** steht, kaum zu sagen, wie sehr mich dieses auf dem Puncte meiner Arbeit gefördert hat. Dagegen hoffe ich, wird rückwärts auch meine Ausführung über jene **legis actio** das Verständniß jenes Condictionensystemes einigermaaßen fördern.

Wem hätte ich aber lieber als ihm, dessen Lehre mich einst mit Nachwirkung begeisternd ergriff, meine Untersuchung dediciren sollen? — Habe ich ihm dadurch ein Denkmal gesetzt, was Er anerkennt, so bin ich der Anerkennung aller anderen wissenschaftlich gebildeten Juristen gewiß.

Jena, den 1. December 1842.

Dr. G. Asverus.

Uebersicht
über den wesentlichen Inhalt.

Dies geschah wahrscheinlich schon zur Zeit der Legisactionen. Diese drei Solennitätszeugen gaben den Verhandlungen Publicität und Dauer, und wahrscheinlich wurden über diese schon sehr früh Instrumente aufgenommen und von den Zeugen mit unterzeichnet. (S. 35—42.) Dieses Alles scheint sich durch c. 1 §. 10 C. de latin. lib. toll. (7, 6) zu bestätigen (S. 42—44.)

§. 6. Die älteste Litiscontestation bestand in nichts als in einer wechselseitigen Denunciation der Parteien, zum bestimmten Tage bei dem judex zu erscheinen. Davon, daß die Denunciation eine wechselseitige war, entstand wohl der Name Litiscontestation. Sie war in ganz ältester Zeit wohl weniger wichtig, wurde es aber bei Theilung der Processe in ein Verfahren in jure und in judicio. Es ist anzunehmen, daß sie schon damals in die Verhandlungen in jure fiel und an deren Schlusse stattfand und ferner, daß schon zur Zeit der Legisactionen mit der Litiscontestation die Sache so festgestellt ward, daß an ihr nichts mehr zu ändern war. Die drei Zeugen in judicio beweisen also nicht, daß die Litiscontestation in ältester Zeit in die Verhandlungen in judicio hineinfiel. (S. 44—56.)

§. 7. Es ist sogar sehr unwahrscheinlich, daß die drei Zeugen in judicio die nämlichen waren, welche in jure zum Behufe der Litiscontestation angewandt wurden und daß diese eine Brücke zwischen dem Verfahren in jure und in judicio, wie Keller annimmt, bildeten, da es einer solchen gar nicht bedurfte. (S. 56—68.)

§. 8, 9 und 10. Um das Wesen der legis actio per condictionem beurtheilen zu können, über die uns nur noch Bruchstücke vorliegen, ist vor allem nöthig, die späteren Denunciationsfälle, vorzüglich diejenigen, welche in dem Corpus Juris vorkommen, mit ihren Wirkungen nach Classen durchzugehen. Dabei ergibt sich als allgemeiner Charakter der Denunciationen, daß durch sie ein Rechtsverhältniß zwischen dem Denuncianten und Denunciaten festgestellt werden soll, um in der Regel dem Ersteren ein Recht zu erwerben, oder einen rechtlichen Nachtheil von ihm abzuhalten. Namentlich wurden die Denunciationen aber auch als Art den Proceß zu eröffnen gebraucht. (S. 68—91.)

§. 11. Die Form unseres für Feststellung von Rechtsverhältnissen so wichtigen Institutes bestand erstens in der Gegenwart dreier Feierlichkeitszeugen. (S. 91—99.) Diese waren auch bei der Litiscontestation nur gegenwärtig, welche nicht in die Mancipations-

form eingekleidet ward. (S. 99 u. 100.) Sodann erforderte die Denunciation, wenn auch vielleicht nicht überall, eine förmliche das Geschäft beschließende Nuncupation. (S. 101.) Diese war eigentlich der förmliche Zeugenaufruf, mit dem das Geschäft schloß, obwohl dann auch das ganze von der nuncupatio eingeschlossene, mündlich abgemachte Geschäft als ein nuncupare bezeichnet wird. (S. 102—105.) Nuncupatio stammt wahrscheinlich von numen und capere; denn numen ist das griechische νοῦς, νόημα und bedeutet die denkende Erinnerung. Bei der nuncupatio finden wir nämlich einen antestatus, der an dem Ohrläppchen berührt ward, um seinen Sinn für den Vorgang in Anspruch zu nehmen, ihn an dessen Wichtigkeit zu erinnern; denn der benannte Theil des Ohres war das Symbol der Erinnerung. (S. 105—111.) Der antestatus scheint ein der ältesten Zeit angehörendes Institut, das überall bei feierlichen Acten, welche mit nuncupatio schlossen, angewandt ward und erst später sich mehr und mehr verlor. (S. 111 u. 112.) Jede Mancipation, wie jede Denunciation, endigte früher wenigstens mit einer nuncupatio, wie namentlich die Litiscontestation, bei der nach Festus die Zeugen förmlich zum Zeugnisse aufgerufen wurden beweist. (S. 112—117.)

§. 12. Für die Form der Denunciation ist noch zu erinnern: 1) Bei manchen Geschäften war eine dreimalige Wiederholung der Denunciation geboten. (S. 117—120.) 2) Schriftliche Aufsätze waren bei der Denunciation sehr gebräuchlich; aber in der Regel nicht wesentlich. (S. 120—122.) 3) Das Geschäft, worauf sich die Denunciation bezog, mußte rechtlich begründet und dieses bestimmt in der Denunciation enthalten seyn. (S. 122 u. 123.) 4) Sie ward durch den Denuncianten selbst oder einen Procurator oder Freigelassenen desselben, später auch durch das Gericht bewirkt. (S. 123 u. 124.) 5) Denunciirt wurde dem Denunciaten, dessen Procurator, aber auch, wenn diese nicht anzutreffen waren, den Freunden, der Frau, dem Inquilinen und im Nothfalle ad domum, wo dann freilich die Schrift nothwendig war. Waren mehrere Denunciaten, so war jedem besonders zu denunciiren. Dem Magistrate konnte, so lange er dieses war, so wenig zum Behufe eines Processes denunciirt werden, als er überhaupt in Processe verwickelt werden konnte. (S. 125.)

§. 13. Die nunciatio ad fiscum und die operis novi nunciatio hießen wohl blos Nunciationen, weil sie weniger feierlich waren als die Denunciationen. Vielleicht nahmen sie späterhin aber auch die Form dieser an. (S. 125—129.)

§. 14. Die legis actio sacramenti und per judicis postulationem, als die regelmäßigen Proceßformen, wurden durch in jus vocatio eröffnet, welche eine rohe, allerhand Verzug und Beschwerlichkeiten veranlassende Proceßeinleitungsform war. (S. 129—134.) Daher paßte sie nicht für die Händel über pecunia certa, wo dem Kläger wegen seines dem Beklagten bewiesenen besonderen Vertrauens schnelle Hülfe werden mußte. (S. 134 u. 135.) Für diese Händel wurde die Denunciation, welche im wesentlichen mit der späteren Denunciation gleiche Bedeutung hatte und daher für die Proceßeinleitung bequem war, gebraucht. (S. 135—137.) Sie bot den Vortheil, daß dadurch alle Privatgewalt und die dadurch entstehenden Hemmnisse, ingleichen die lästigen Vadimonien vermieden wurden, daß, da der Beklagte durch sie von dem Klagansprüche in Kenntniß kam, er auf einen unerstreckbaren Termin geladen, und, erschien er nicht, pro confesso geachtet werden konnte und endlich, daß dadurch auch der abwesende Beklagte zu erreichen war. (S. 137—143.) Durch diese Proceßeröffnungsart erhielt die legis actio per condictionem ihren Namen. (S. 143 u. 144.) Was die Lex Silia für pecunia certa ordnete, dehnte später die Lex Calpurnia auf die Händel über res certa aus. (S. 144.) Die Denunciation war eine private und setzte bei Mittheilung des Anspruchs den Termin zur Ausmachung der Sache fest. (S. 145.) Wahrscheinlich wurde sie vor Gericht so wiederholt, wie sie an den Beklagten gebracht worden war. (S. 145—149.)

§. 15. Die Zweifel des Gajus über die Nothwendigkeit des Entstehens der legis actio per condictionem lösen sich vornämlich aber durch eine genauere Betrachtung des Gegensatzes zwischen den zwei anderen hauptsächlichen Legisactionen mittelst des sacramentum und der judicis postulatio. (S. 149 u. 150.) Die legis actio per pignoris capionem und per manus injectionem können als bloße Executionsarten hier nicht in Frage kommen. (S. 151.) Die legis actio sacramenti ist die ursprünglich wohl einzige, durch die in der Regel selbst Verbrechensfälle ausgemacht worden zu seyn scheinen; denn die Privatsachen hatten sich noch nicht von

diesen gesondert. Sie erscheint auch wegen ihrer Förmlichkeiten und religiösen Grundlage als die älteste. (S. 151—154.) Daher ist sie auch später noch die allgemeine, das Ordinarverfahren, durch welches alle nicht ausgenommenen Sachen ausgemacht werden, und die Richter sind keine Privatrichter, sondern, so weit nicht früher der König oder Magistrat darüber entschied, die Decemvirn und Centumvirn. (S. 154 u. 155.) Der judex unus, der dabei vorkommt, hatte wohl blos in den geringeren Sacramentalsachen zu richten und war wohl auch nicht eigentlich ein judex privatus, sondern ein dazu auserlesener Magistrat. (S. 158.) Die legis actio per judicis postulationem ist von Servius Tullius für die bonae fidei negotia eingeführt, welche von der übrigen Masse zuerst als Privatsachen ausgeschieden wurden. (S. 158—161.) Später fand sie auch für andere Vertragsstreitigkeiten statt. Bei ihnen hat nach der Einleitung vor dem Magistrate ein Privatrichter mit freiem Ermessen zu entscheiden und das war das für sie offenbar auch Passendere. Inzwischen hatten gewiß bei deren Einleitung lästige Formen und Subtilitäten statt, weshalb auch diese legis actio mit aufgehoben und jene Sachen allgemein nach einer Formel vom Privatrichter entschieden wurden. (S. 161—164.) Für die anderen Händel paßte diese neue Form nicht, weshalb diese noch später vor den Decemvirn und Centumvirn ausgefochten werden. (S. 164 u. 165) Durch die sponsio und später die formula petitoria wurden sie großentheils aber auch der neuen Form angepaßt und dadurch, daß sie Privatsachen seyen, anerkannt, wenn man die Centumviralsachen gleich auch noch später für causae publicae hielt. So überwog nach und nach der Formularproceß immer mehr, der zuletzt wieder in dem Extraordinarverfahren unterging. (S. 165 u. 166.) Darnach bilden die legis actio sacramenti und die per judicis postulationem einen nicht zu verkennenden Gegensatz, die eine ist eine steifförmliche, unbequeme, die letztere eine freiere. Aus diesen Gegensätzen erklärt sich die Darstellung des Legisactionensystems von Gajus. (S. 166—168.)

§. 16. Bei der Unbequemlichkeit der einen und dem zu freien Ermessen des Richters bei der anderen legis actio, paßte weder die eine noch die andere für die Sachen wegen pecunia certa und res certa, wo es eines strengen, aber bequemen, schnellen Verfahrens bedurfte Wenn ohnedem die Behörden mehr und mehr mit

Sacramentalsachen überhäuft waren, so war es für sie eine Erleichterung und für jene Händel ein Förderungsmittel, diese an Einen Privatrichter zu weisen, welcher in einfachen Darlehnssachen unbedenklich sprechen konnte, zumal wenn dadurch das unangenehme Succumbenzgeld an den Staat und jede lästige Förmlichkeit des Sacramentalverfahrens gemieden werden konnte. (S. 168—170.) Nur durfte der Richter dann nicht das freie Ermessen wie bei der legis actio per judicis postulationem haben, weil sonst leicht die Händel durch allerhand Einwendungen des Beklagten verschleift worden wären, vielmehr mußte seine Beurtheilung, ohne auf solche Einwendungen Rücksicht nehmen zu dürfen, lediglich darauf beschränkt seyn, ob der geklagte Anspruch an sich bestehe oder nicht. So war es aber bei der legis actio per condictionem, deren Entstehungsgrund sonach klar ist. Es kam hier bei den Sachen wegen pecunia certa und res certa nur darauf an, gesteht Beklagter die Schuld oder nicht und kann im letzteren Falle Kläger bis auf das minimum das Geforderte beweisen, denn sonst fällt er durch. Verlangt er im Falle des Geständnisses oder voll geführten Beweises strenge Condemnation, so muß er sich auch seinerseits strenge Beurtheilung gefallen lassen. (S. 170—172.) Daß dies das Wesen dieser legis actio war, beweist uns ein Vergleich mit der Zeit des ordo judiciorum privatorum, wo man bei den Condictionen, oder stricti juris Negotien, ursprünglich auch wohl gar keine Einwendungen des Beklagten gestattete und wo auch nur nach und nach einzelne Exceptionen als wirkliche Ausnahmen von der Regel zugelassen wurden, während die Einwendungen des Beklagten bei den bonae fidei Negotien ex officio berücksichtigt wurden, wie ohne Zweifel schon früher bei der legis actio per judicis postulationem. (S. 172—177.)

§. 17. Der von Gajus erwähnte Zweifel über den Entstehungsgrund der legis actio per condictionem muß wohl, da noch andere Gründe der Entstehung als die angeführten, welche alle darauf hinauslaufen, daß für gewisse Sachen der Kläger begünstigt werden sollte, wahrscheinlich nicht vorhanden waren, dadurch erklärt werden, daß die Juristen den historischen Zusammenhang nicht gehörig beachteten und daher nicht den angegebenen letzten Entstehungsgrund, sondern blos die einzelnen Vortheile der neuen legis actio, Erleichterung der Behörden, Wegfall des an den Staat fallenden Succumbenzgeldes u. s. w. im Auge hatten. —

(S 177 u 178.) Die Aeußerung des Gajus, daß zu seiner Zeit bei den Condictionen keine Denunciation mehr vorkäme, kann dagegen, daß wir diese als eine verkürzte Proceßart darstellten, keinen Zweifel erregen, weil durch Verlängerung der Denunciationsfristen bei Ausdehnung der Denunciation auf eine Masse von Sachen, welche eine kurze Frist nicht vertrugen, dieselbe eine langweilige Proceßeröffnungsweise geworden war und gerade für die Darlehnsklagen, welche die legis actio per condictionem veranlaßt hatten, deshalb nicht mehr paßte. — (S. 178—181.) Endlich ist die Aeußerung des Gajus, daß eine Formel der Condiction nicht nachgebildet worden sey, höchst natürlich, weil sie eine steife Form war, welche, um die Natur der Klage zu bezeichnen und deshalb in die Formel nicht paßte. (S. 181 u. 182.)

§. 18. Die Denunciation hat in processualischer Beziehung noch mannigfache Wirkungen. Dies weist sich schon bei den Criminalprocessen in mehrfacher Beziehung aus (S. 182 u. 183), noch vielmehr bei den Civilprocessen, für welche sich nachweisen läßt, daß nach und nach auf die Denunciation oder conventio die hauptsächlichsten Wirkungen, welche ursprünglich mit der Litiscontestation verbunden waren, übergingen (S. 183 u. 184), namentlich die processualische Consumtion, die auf dem Satze beruht, daß über dasselbe Recht zwischen denselben nur einmal gestritten werden könne und aus dem Legisactionenprocesse stammt (S. 184 u. 185), die Perpetuation der Klagen, die darauf sich gründet, daß erhobene Klagen nicht mehr etwas blos Mögliches, sondern Wirkliches, Reelles sind, was Vermögenstheil geworden ist (S. 185) und die Feststellung der Rechtssache in der Art, daß spätere Verrückungen an dem Rechtsverhältnisse, oder dem streitigen Objecte dem Kläger nicht mehr schaden können. Der Grund hiervon war, daß die ertheilte Formel schon als bedingtes Urtheil betrachtet ward, welchem, wenn von dem Kläger die Bedingung erfüllt wurde, der benachrichtigte Beklagte alsbald nachzukommen für verpflichtet geachtet wurde. (S. 185 u. 186.) Denunciatio und conventio sind gleich zu rechnen, weil in der ersteren auch immer eine conventio liegt und weil die Denunciation in die zu Justinian's Zeit gebräuchliche conventio überging. Zudem liegt bei mehreren der gedachten Wirkungen nach den Quellen klar vor, daß sie beiden gemeinschaftlich waren. (S. 186 u. 187.)

§. 19. Wie ursprünglich mit dem Momente der Litiscontestation, so später mit dem der Denunciation oder conventio war das streitige Rechtsverhältniß nach allen Seiten rücksichtlich des Beklagten und Klägers, des Streitobjectes und Gerichtsstandes festgestellt. Jedes da nicht berücksichtigte Moment war für immer verloren. (S. 187—201.) Nur war die processualische Consumtion in ihren wesentlichen Theilen zu Justinian's Zeit untergegangen und zeigte sich nur noch in einzelnen von den Gesetzen auch später anerkannten Puncten, namentlich bei der electiven Klagenconcurrenz, nur daß selbst dabei meist andere Gründe ihr untergeschoben sind. (S. 201—203.) Auf den Untergang weist zum Theil auch die früher natürlich nach der Litiscontestation und respective conventio unerlaubte, zu Justinian's Zeit gestattete mutatio libelli. (S. 203 u. 204.)

§. 20. Was die Perpetuation der Klagen betrifft, so ist klar ausgesprochen, daß Pönalklagen schon mit der conventio passiv auf die Erben transmittirt werden (S. 204—206), eben so passiv bei der querela inofficiosi (S. 206 u. 207), activ und passiv mit der Oblation der preces bei dem Kaiser bei allen sonst nicht übergehenden Klagen, so daß der Uebergang allgemein als mit der conventio eintretend angenommen werden muß, weil es sonst an allem bestimmten Principe fehlen würde. (S. 207 u. 208.) Der Lauf der Verjährung wird bei den actiones perpetuae mit der conventio unterbrochen (S. 208 u. 209) und es muß für die actiones temporales in Zusammenstellung aller darauf hinweisenden Quellen mit Sicherheit das Nämliche geschlossen werden. (S. 209—211.) Bei der nunciatio ad fiscum ist ein Gleiches klar, nicht so bei den anderen causae publicae. (S. 211—215.) Die operis novi nunciatio unterbricht aber die Verjährung der Klage, auf welche sie sich stützt, nicht. Das kann jedoch nicht gegen die Unterbrechung mit der conventio bei den anderen Klagen sprechen, weil durch diese nunciatio der Nunciat keine Kenntniß von dem Grunde der Nunciation erhält, wie bei den übrigen Denunciationen. Uebrigens unterstützt das bei der Verjährung Ausgeführte, das bei der Transmission Bemerkte und umgekehrt in so fern, als beide stets nach gleichen Principien behandelt werden. (S. 215—218.)

§. 21. Daß die Wirkungen, welche die Litiscontestation als ein hypothetisches Urtheil hatte, auf die Denunciation übergingen, war schon

nach der Natur der letzteren, welche nach Dem, was wir über sie aus dem Corpus Juris wissen, häufig die Rechtsverhältnisse zwischen den Betheiligten feststellte und bei dem Denunciaten mala fides erzeugte, ganz der Sache angemessen. (S. 218 u. 219.) Es weist sich aber auch noch speciell aus. Denn bei der operis novi nunciatio wird mit der Nunciation nach neuestem Rechte der bisherige Zustand auf drei Monate unbedingt unverrückbar, nachher bedingt, weil dann der Nunciat gegen gerichtliche Sicherheitsbestellung fortbauen kann. (S. 219—224.) Die Nunciation war übrigens auch zu Justinian's Zeit nicht nothwendig eine gerichtliche. (S. 224—226.) — Eine Sache wird auch litigiös und unveräußerlich mit der conventio. Gewiß wurden es auch die Forderungen. (S. 226—229.) — Ferner ist die Ersitzung nach der conventio unwirksam und man scheint dabei später selbst den Schein aufgegeben zu haben, als wenn eine Vollendung der Ersitzung, wenn auch ohne Effect, zu fingiren wäre. — (S. 229—231.) Endlich tritt auch von der conventio an, die fingirte mala fides des Beklagten für dingliche und persönliche Ansprüche ein, wornach Beklagter von da als praedo behandelt wird und die Accessionen dem Kläger ersetzen muß. (S. 231—236.)

§. 22. Auch auf Dritte wirkt die Denunciation. Es ist ihnen die Erwerbung litigiöser Sachen und Forderungen verboten und erklärt ein Dritter bei Gelegenheit einer zum Behuf einer anzubringenden Vindication bewirkten Denunciation, daß er Besitzer sey, so haftet er auch als solcher. (S. 236—240.)

§. 23. Mit Ausnahme etwa der processualischen Consumtion, welche aber keinen Vortheil für den Kläger bot, daher auch schwerlich die zur Begünstigung des Klägers eingeführte legis actio per condictionem erzeugte und mit Ausnahme der precären Effecte auf Dritte (§. 22), hatten die sämmtlichen von §. 18 an bis daher herausgehobenen Wirkungen der Denunciation auf die Händel um certa pecunia, deren schneller Beitreibung wegen jene legis actio zuerst entstand, keine Beziehung. Sonach läßt sich mit um so mehr Sicherheit die schon früher (§. 17) gemachte Annahme rechtfertigen, daß wohl lediglich die schon ausgeführten Gründe ihrer Entstehung (§. 14 – 16) vorhanden waren. (S. 240 u. 241.) Dadurch, daß die Denunciation nicht nur eine leichte Proceßeinleitungsart war, sondern nach und nach jene Wirkungen verband, vermöge deren sie die Litiscontestation in den wesentlichsten Functionen vertrat,

wurde sie immer allgemeiner; denn man wollte diese Vortheile nicht blos für certa pecunia, sondern auch für andere Processe. Die erste Ausdehnung war wohl auf die anderen Condictionen, dann auf Criminalhändel, die operis novi nunciatio und die fiscalischen Processe, die hereditatis petitio und querela inofficiosi. (S. 241—243.) Marc Aurel gab die Möglichkeit, sie ganz allgemein als Proceßeinleitung zu benutzen, und dem that das Verschwinden der Legisactionen keinen Eintrag, weil sich die Denunciation auch sonst gleich vortheilhaft anwenden ließ. Unter Theodos ist sie allgemeine Proceßeinleitung, ausgenommen bei den schleunig zu verhandelnden Processen; denn die Fristen derselben hatten sich zu sehr ausgedehnt. (S. 243 u. 244.) Wegen ihrer Wirkungen drückt sich der Codex Theodosianus so aus, als wenn sie die Litiscontestation bildete, und hat über diese nicht einmal einen besonderen Titel, obwohl auch sie noch wichtige Effecte hat. (S. 244 u. 245.) Die Denunciationen wurden aber wegen vorgekommener Betrügereien nun an die Behörden und von diesen an Beklagten gebracht. Später wurden sie blos von der Proceßbehörde bewirkt. (S. 245 u. 246.) Die peremtorische Ladung (Edict) ging übrigens wohl immer von der Proceßbehörde aus. (S. 246—250.) Dabei wurde wohl die Denunciationsform gewahrt, bis diese im justinianeischen Rechte wegfiel und eine einfache Ladung (conventio) erging. (S. 250—252.)

§. 24. Durch den Untergang des ursprünglichen Sinnes der Denunciation nämlich unter den Kaisern verlor sich auch deren Form und es ging dieselbe in ein durch den Executor zu insinuirendes erstes Decret über. Dieses wurde das Ordinarverfahren und verdrängte das Ordinarverfahren mit Denunciation eben so, wie diese früher das der in jus vocatio. (S. 252 u. 253.) Die Klage wurde schon früherhin öfter, wohl vorzüglich im Ordinarprocesse, schriftlich angebracht. Dies wurde später, wo überhaupt die Schrift häufiger gebraucht ward, das Gewöhnliche. (S. 253 - 257.) Der Name libellus conventionis für das schriftliche Anbringen ist ganz angemessen, weil dadurch die conventio des Beklagten veranlaßt ward. Zu Justinian's Zeit und gewiß schon vorher mußte dieser Libell schriftlich dem Beklagten insinuirt werden. Er mußte den Beklagten und das geklagte Object enthalten, wie früher die mündliche Denunciation auch. Der Be=

klagte mußte daraus seine Verbindlichkeit sehen. (S. 257—259.) Justinian verordnete aber, daß, wenn er auch zu allgemein oder zu speciell gefaßt wäre, er doch Wirksamkeit haben und den Anspruch in judicium deduciren, namentlich die Verjährung unterbrechen sollte. Diese Wirksamkeit hatte er in dem Falle jedoch nur, wenn die Begründung eines bestimmten gegründeten Anspruches im Litiscontestationstermine nachfolgte Jedenfalls war aber der libellus conventionis kein vollständiger Klaglibell in unserem Sinne. (S. 259—266.) Es ist unrichtig und nach den Quellen unbegründet anzunehmen, daß, wenn bei uns eine Klage als unstatthaft abgewiesen wird, das Decret, welches dieses beschließt, die Verjährung unterbräche. Nur ein den Proceß einleitendes Decret hat diesen Effect. (S. 266—268.) Neben dem Ordinarverfahren zur Zeit Justinian's kamen übrigens extraordinaire Händel vor, bei denen wohl blos mündlich verfahren ward. (S. 268 u. 269.)

§. 25. Wenn neben der conventio die Litiscontestation oft als dieselben Wirkungen hervorbringend vorkommt, so gründet sich dies darauf, daß man unter dem Ausdrucke Litiscontestation häufig die conventio verstand und man bei Klarheit der Sache die ursprünglichen Ausdrücke nicht allenthalben änderte. (S. 269 u. 270.) Daß aber der Moment der Litiscontestation noch in spätester Zeit als ein wohl von dem der conventio zu scheidender erwähnt wird, rechtfertigt sich durch zweierlei. Einmal bleibt für die vom Beklagten im Litiscontestationstermine vorzunehmenden Handlungen dieser Termin lediglich das Entscheidende. (S. 270—272.) Dann erzeugt überhaupt die conventio blos hypothetisch jene Effecte, die ursprünglich mit der Litiscontestation verbunden waren, d. h. dieselben fallen wieder weg, wenn es durch Klägers Schuld nicht zum Litiscontestationstermine kommt. (S. 272—280.) Weder früher, noch auch nach unserem Rechte, ist durch förmliches absolutorisches Decret auszusprechen, daß der Proceß für aufgegeben anzusehen ist, vielmehr tritt der Wegfall der Wirkungen der conventio von selbst ein, sobald Kläger den Litiscontestationstermin versäumt und Beklagter nicht auf Fortstellung der Sache dringt. (S. 280—283.) Die vierzigjährige Verjährung für streitige Sachen, welche sich auch auf Temporalklagen bezieht, weil sie durch Litiscontestation perpetuirt wurden, kann daher erst nach dem Litiscontestationstermine eintreten; denn kommt

es nicht zu einem solchen, so gehen die Wirkungen der conventio, des ersten proceßeinleitenden Decrets, unter. Sie kann aber blos eintreten, wenn in der Sache noch nicht definitiv erkannt ist. (S. 283 u. 284.) Uebrigens ist die Litiscontestation schon mit dem Beginne der Litiscontestationsverhandlungen vor Gericht für vollendet zu achten und dies war wohl schon eine in der classischen Zeit geltende Bestimmung. (S. 284—286.) Dieser Satz galt aber nicht überall. Für die Klagänderung namentlich hatte er wohl in der classischen Zeit Bedeutung, späterhin aber nicht mehr. Später war vielmehr in der Regel dieselbe wohl bis zum Definitiverkenntnisse zulässig. (S. 286—295.)

§. 26. Uebersicht über den ganzen Inhalt der Monographie und deren inneren Zusammenhang. (S. 295—300.)

Einleitung.

§ 1.

Ueber die denunciatio, sofern sie als Form einen Proceß einzuleiten bei den Römern diente, ist schon in früherer Zeit und auch neuerlich Manches geschrieben und theilweise diese Lehre sehr gut beleuchtet worden [1]. Allein noch ist sie keineswegs erschöpfend dargestellt, vielmehr ist die denunciatio überall als die seit Marc Aurel regelmäßig den Proceß einleitende Form angegeben, ohne daß uns von ihrer früheren Existenz etwas Mehreres, als hie und da eine flüchtige Andeutung gegeben wird [2], und ohne daß Alles aufgeboten worden ist, einen Zusammenhang derselben mit der später an ihre Stelle getretenen Form der Mittheilung eines ersten schriftlich gefaßten Decretes durch das Proceßgericht an Beklagten nachzuweisen, welcher bei genauerer Betrachtung der Sache kaum zu verkennen sein dürfte. Ja, Beth-

1) *Cujac.* Obs. VII, 15. Sehr Schätzenswerthes hat *Jac. Gothofr.* zum Cod. Theodos., tit. de denunc. (2, 4.), geleistet, von Neueren Heffter, Institut. des Civil-Processes, S. 288 fgg. Zimmern, Röm. Civil-Proceß, S. 431 fgg. Bethmann Hollweg, Handbuch des Proc. Bd. I. S. 247 fgg.

2) In Hollweg's Handbuche war es freilich nicht Zweck, die denunciatio weiter rückwärts zu verfolgen.

mann Hollweg [3]) stellt beide Formen als mit einander im entschiedensten Gegensatze stehend dar. Aber selbst über Form, Inhalt und Wirkung der denunciatio ist nicht einmal für die Zeit, wo regelmäßig alle ordentlichen Processe durch sie eingeleitet wurden, Ausreichendes gesagt, obwohl sich in dieser Beziehung mancherlei sehr Denkwürdiges vorfindet, was für das justinianeische Recht, wenn der Zusammenhang der denunciatio mit der später als Regel eingetretenen Proceßeröffnungsform sich nachweisen läßt, unverkennbar sehr wichtige Aufschlüsse gibt und ohne welches mehrere Quellen für unsere Lehre ein klareres Verständniß nicht füglich erhalten konnten.

Unter solchen Verhältnissen wird ein neuer Versuch, vor Allem die Lehre von der denunciatio in mehreren Zusammenhang zu bringen und aus ihr reichere Ausbeute zu gewinnen, durch sich selbst gerechtfertigt erscheinen.

Es ist vor weiterem Eingehen auf die Sache nur noch daran zu erinnern, daß es dabei überall nicht Plan seyn kann, alles von unserer Lehre schon Bekannte hier zu wiederholen, vielmehr werden wir, alles dieses stillschweigend als bekannt voraussetzend, daran häufig nur so weit erinnern, als es für den Zweck dieser Abhandlung, unsere Lehre über den bisherigen Standpunkt hinauszubringen, erforderlich scheint.

§ 2.

Sprachliche Vorerörterungen.

Schon von einem unserer anerkanntesten Juristen [1]) ist ein weiterer Zusammenhang unserer Lehre mit der außer dem

---

3) Hollweg a. a. O. S. 253.

1) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, neueste Ausgabe, S. 75 bis 85, der freilich über die denunciatio nur bei einer sehr singulären Gelegenheit redet.

Processe bei den Römern in mannichfacher Beziehung vorkommenden **denunciatio** angeregt worden und es erscheint für ein glückliches Fortschreiten auf der gewählten Bahn unumgänglich nothwendig, dieser Anregung weiter nachzugehen.

Allein bevor dieses auf zweckmäßige Weise geschehen kann, muß Einiges über den Sprachgebrauch der Hauptquellen, so weit er einschlägt, bemerkt werden.

Daß **denunciare** wie **denunciatio** in der Regel auf ein mehr oder weniger feierliches Verkündigen hinweist, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Wenn wir hier aber diese Ausdrücke gebrauchen, so ist dabei jeder Zeit an ein unter bestimmten Formen vollzogenes, juristisch bedeutsames Verkündigen zu denken, und es bedarf dafür, daß jene Worte in solcher, ich möchte sagen, juristischer Bedeutung in den Quellen vorkommen, wenn dieselben später darin auch mitunter in laxerer Bedeutung sich finden, um so weniger im voraus eines besonderen Beweises, als diese ganze Abhandlung denselben in sich schließt. Dagegen ist daran schon der Uebersicht wegen, und weil außerdem mit dergleichen Dingen die Untersuchung jeden Augenblick zur unpassenden Zeit unterbrochen werden müßte, nicht nur zu erinnern, sondern auch einstweilen einiger Beweis wenigstens dafür beizubringen, theils daß in derselben Bedeutung wie **denunciare** auch noch ein anderes aus der nemlichen Wurzel entspringendes Wort, **renunciare**, mitunter, jedoch nur ausnahmsweise, vorkommt, theils daß die Worte **denunciare** und **denunciatio** sich mit anderen, zum Theil auf die Form der **denunciatio** hinweisenden zusammengesetzt finden, um das **denunciare** etwa auch modificirt auszudrücken, theils endlich, daß auf die Denunciationsform hinweisende Ausdrücke ganz allein statt des **denunciare** stehen.

Ehe dazu übergegangen wird, ist nur noch einiger Umstände zu gedenken. Einmal, daß in der älteren Zeit denunciare und condicere, denunciatio und condictio ganz gleichbedeutend gebraucht wurden [2]), daß aber später der Ausdruck condicere in der Bedeutung gar nicht mehr vorkommt [3]). Sodann, daß auch nunciare, welches an sich ein nicht feierliches Verkündigen bedeutet, in den Quellen mitunter ganz wie denunciare vorzukommen scheint. So z. B. durch den ganzen Titel de operis novi nunciatione in den Digesten. Dafür scheint ferner ein Beweis nicht nur darin zu liegen, daß die operis novi nunciatio einen Proceß wenigstens gewissermaßen einleitet [4]) und schon deshalb als eine an bestimmte Formen geknüpfte Handlung präsumirt werden könnte, sondern auch, daß in dem angegebenen Digestentitel öfter für nunciatio und nunciare denunciatio und denunciare gebraucht werden [5]), und daß in dem nemlichen Titel im Codex sogar nur Einmal nunciatio und sonst stets denunciatio steht [6]). Außerdem könnte auch zu Begründung dessen hier scheinbar

---

2) *Gaj.* IV 18. vergl. mit 15 u. mit § 15. J de act. (4, 6.) *Festus* de V. S. lib. III. s. v. condicere, certo die denunciare, und s. v. condictio, in certum diem ejus rei, quae agitur, denunciatio. cfr. *Gell.* N. A. X. 24 a. E.

3) *Gaj.* IV, 18. nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit. In den Digesten ist condicere wohl nur einmal fr. 66. D. de contr. emt. (18, 1.) so gebraucht, daß es an seine älteste Bedeutung erinnert.

4) Siehe einstweilen Hasse junior im Rh. Mus. Bd. 3. S. 612 fgg. v. § 33 an. Den weiteren Beweis und in wie weit Hasse's Ansicht zu beschränken, davon weiter hinten.

5) fr. 5, § 10. fr. 19. D. de op. nov. nunc. (39, 1.) fr. 5, § 7. D. quod vi aut clam (43, 24) „eique denunciatum esset, ne faceret."

6) c. unic. C. de nov. op. nunc. (8, 11.)

noch angeführt werden, daß Brissonius aus einem alten Glossarium bemerkt: nunciare novum opus, est prohibere testatione, ne novum opus fiat [7]); was auf ein Verkündigen mit Zeugen geht, wie sich bald näher ausweisen wird, und daß die Worte: sed et si contra testationem denunciationemque fecerit in dem Digestentitel quod vi aut clam [8]) nicht füglich auf etwas Anderes, als auf eine operis novi nunciatio bezogen werden können, wie später noch bündiger herausgesetzt werden soll Inzwischen werden wir später (§ 13) sehen, daß auch in jenem Digestentitel wahrscheinlich nunciare doch eigentlich eine von denunciare verschiedene Bedeutung hatte.

Um zu den anderen berührten Momenten zurückzukehren, so hat renunciare wie renunciatio außer anderen uns nicht berührenden Bedeutungen, als eines einfachen Verzichtens, Aufgebens [9]) und einer einfachen, formlosen Kündigung [10]), auch hie und da, jedoch nur ausnahmsweise, die eines förmlichen Aufkündigens, wodurch ein Rechtsverhältniß aufgehoben werden soll. Dann bedeutet es gerade so viel, wie denunciare. Dies ist der Fall bei Auflösung eines Eheversprechens oder einer Ehe, welche unter bestimmten For-

---

7) *Brissonius* de V. S. s. v. nunciatio. Was er unter dem vetus glossarium, auf das er sich bezieht, meint, weiß ich nicht herauszufinden; allein daß er eine alte, sicher nicht unglaubwürdige Quelle vor sich hatte, ist in Zusammenstellung mit allem Uebrigen nicht unwahrscheinlich.

8) fr. 1, § 7. D. quod vi aut clam.

9) fr. 4, § 4, D. si quis caut. in jud. sist. (2, 11.) fr. 51 D. de ritu nupt. (23, 2.) fr. 3, D. de testam. milit. (29, 1.) c. 4. C. de repud. v. abstin. her. (6, 31.)

10) Sowohl in dem ganzen tit. D. pro soc. (17, 2.) vrgl. vorzüglich fr. 4 daselbst.

men aufgelöst wurden. Hier kommt renunciare wie repudiare, renunciatio wie repudium [11]), ingleichen kommt nuptiis renunciare sive sponsalibus vor [12]). Kaum zweifelhaft ist auch, daß der Ausdruck renunciata affinitas im Digestentitel de usuris auf ein förmliches Aufkündigen deutet [13]). Auf dem ähnliche Weise bedeutet ferner renunciatio [14]) auch die durch eine denunciatio veranlaßte Rückverkündigung verpflichteter Leute [15]). Außerdem kommt renunciare aber auch mit denunciare gleichbedeutend vor [16]), namentlich wo Der, dem ein Proceß angekündigt ist, diese Ankündigung Dem gewissermaßen zurückgibt, der sein Auctor rücksichtlich des Proceßobjects ist und ihn daher zu vertreten hat [17]).

Die anderen von nunciare stammenden Formen, als annunciare, enunciare und pronunciare, haben für gegenwärtige Untersuchung wenige oder keine Bedeutung. Von

---

11) fr. 2. § 1. 2 u. 3 D. de divort. et repud. (24, 2.) c. 1. C. de sponsal. (5, 1.)

12) c. 3. C. de repud. (5, 17.) Aus den in der vorigen Note angezogenen Stellen geht zugleich in Verbindung vorzüglich mit fr. 9 D. eod. hervor, daß bei Lösung der Ehe oder Sponsalien stets bestimmte Formen angewandt wurden. Vrgl. auch fr. 10. D. de sponsal. (23, 1.) und Cic.de or. I, 40.

13) fr. 38, § 1. D. de usur. (22, 1.) cfr. mit c. 17. C. de R. V. (3, 32.), wo auch die Früchte mit der Sache von geschehener Denunciation herausgegeben werden müssen, wie dort von der Renunciation an.

14) Wie durchgehends im ganzen tit. D. si mensor fals. (11, 6.) ingl. fr. 1 pr. § 8. D. de ventr. inspic. (25, 4.)

15) fr. 1. § 2. D. de magistr. conven. (27. 8.)

16) fr. 5. § 17. fr. 16 D. de op. nov. nunc. Vergl. auch fr. 18 pr. D. famil. herciac. (10, 2.), wo jedoch mehrere Ausgaben wohl richtiger denunciaverint lesen.

17) fr. 29, § 2. D. de evict. et dupl. stip. (21, 2.) vergl. mit fr. 53, § 1. D. eod. fr. 29, § 3. D. de leg. III.

der ersten von diesen, einer überhaupt wohl erst in der späteren, schlechteren Zeit vorkommenden Form, ist uns gar nicht bekannt, ob sie sich in den Quellen findet. Enunciatio kommt zwar, aber in einer unserem Thema ganz entfernt stehenden Beziehung vor [18]) und nur pronunciare, womit in dieser Bedeutung wohl auch denunciare einmal verwechselt ist [19]), deutet als das Eröffnen einer Sentenz [20]) auf eine Form des Verkündigens, welche aber, weil die bei einer privaten denunciatio gebräuchliche Form hier dadurch ersetzt wird, daß das Gericht Etwas verkündet, ausspricht, publicirt, für uns weniger interessant erscheint. Einmal scheint auch pronunciare im Sinne von denunciare vorzukommen [21]).

Denunciatio kommt dann namentlich in späterer Zeit auch in Zusammenstellung mit Zeitwörtern vor, wie per denunciationem admonere [22]), denunciationem interponere [23]), denunciatione convenire [24]), pulsare [25]), letzteres um den durch sie begonnenen Proceß zu bezeichnen, denunciationem

18) z. B. fr. 148 u. 232. D. de V. S.

19) *Quinctil.* I. O. lib. XI, c. 3. § 120.

20) vergl. *Brisson.* de V. S. s. v. pronunciare nr. 2. und außerdem noch fr. 1, § 4 u. 5. D. ad Sct. Turpill. (48, 16.) fr. 18. D. de accus. (48, 2.)

21) fr. 5, pr. D. quod vi aut clam, wenn nicht statt sero pronunciat, wie mehrere Ausgaben haben, sero denunciat zu lesen ist, was den sonst durchgängigen Sprachgebrauch der Quellen für sich hat.

22) c. 17. C. de R. V. (3, 32.)

23) c. 2. C. debitorem venditorem (8, 29.)

24) Paul. R. II, 21ᵃ, § 13 und 17. V. 5ᵃ, § 7. c. 7 C. quomodo et quando. (7, 43.)

25) c. 4. C. Th. de Sct. Claudian. (4, 9.), auch arceri denunciationibus kommt vor c. 7. C. Th. eod.

celebrare [26]) und ebenso findet sich schon früh das Zeitwort denunciare mit einem anderen zusammengestellt in der Redensart testando denunciare alicui [27]), was auf die der denunciatio eigenthümliche, schon oben erinnerte Form des Verkündigens durch Zeugen hinweist.

Natürlich muß es gefunden werden, wenn diese Form wirklich eine der denunciatio characteristische ist, auch solche Ausdrücke, welche auf diese Form klar hinweisen, wie testato dicere [28]), auch contestato dicere [29]), testato proferre [30]), jubere [31]), besonders testato convenire und conveniri [32]), ferner testari [33]), auch wohl attestari [34]) und protestari [35]) anstatt des denunciare zu finden.

---

26) c. 4. C. Th. de denunc. (2, 4.)

27) fr. 1, § 3. D. de periculo et commodo (18, 6.), von *Ulpian.* lib. 28 ad Sabin.

28) c. 4. C. de distract. pignor. (8, 28.)

29) fr. 1, § 12. D. de agnosc. et alend. liber. (25, 3.)

30) Fragm. Vatic. § 156.

31) fr. 1, § 1. D. quod jussu. (15, 4.)

32) fr. 122, § 3. D. de V. O. (45, 1.) fr. 8. D. pro derelicto. (41, 7.) fr. ult. D. ad L. Commiss. (18, 3.) fr. 8 pr. D. de bon. libert. (38, 2.) fr. 10, § 3. D. quae in fraud. credit. (42, 8.) Vrgl. Mühlenbruch, Cession, neueste Ausgabe. S. 77 fgg. not. 158.

33) fr. 3, § 3. D. uti possid. (43, 17.) cfr. fr. 3, § 4. D. eod. fr. 13, § 8 u. 10. D. de excus. (27, 1.) vorzügl. fr. 25 pr. § 4 u. 5. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

34) Paul. R. S. II, 26, § 3.

35) fr. 14, § 8. D. de religios. (11, 7.) fr. 34. D. de neg. gest. (3, 5.) In fr. ult. D. de instit. act. (14, 3.) drückt es das schriftliche Zeugnißgeben des Institor aus, ob mehr, scheint nicht ganz ausgemacht. Am entscheidendsten für die Gleichbedeutendheit von protestari und denunciare ist unbezweifelt fr. 1, § 11. D. de agnosc. vel alend. lib. (25, 3.), wenn man sie in Zusammenhang mit den übrigen §§ des fr. 1. D. cit. bringt.

Mehrere Redensarten sind mit testatio, was nicht immer [36]), aber meistentheils ein schriftlich gemachtes Zeugniß bedeutet [37]), zusammengesetzt, um das denunciare zu bezeichnen, als testationibus convenire [38]), testatione probare [39]), testationem interponere [40]) und um auszudrücken, daß man Etwas ohne förmliche denunciatio erfahren habe, citra testationem cognoscere [41]). Später findet sich, so wie neben testari attestari, so neben testatio attestatio, welcher Ausdruck auch stets auf eine denunciatio hinweist [42]), welche in der späteren Zeit öfter mit Zuziehung von Tabularien bewirkt wurde [43]). Auch kommt testificatio vor [44]).

Außer attestari und protestari finden sich auch andere von testari stammende Formen, welche hier nicht zu überge-

---

36) fr. 4. D. de fide instrum. (22, 4.) c. 14. C. de contrah. emt. (4, 38.) c. 24 C. de neg. gest. (2, 19.)

37) Paul. R. S. V, 25, § 5. fr. 7. D. de sponsal. (23, 1.) fr. 24. D. qui testamenta fac. poss. (28, 1.) fr. 8, § 1. D. de op. nov. nunc. (39, 1.) fr. ult. D. pro derel. (41, 7.) fr. 1, pr. fr. 9, § 3. D. ad L. Corn. de fals. (48, 10.) fr. 9, § 5. D. de poenis. (48, 19.) c. 4. C. de testib. (4, 20.) c. 3. C. si ex fals. instrum. (8, 58.) *Salmas.* Obs. ad jus attic. et rom. Lugd. Bat. 1645. obs. 30. pag. 784 fgg.

38) fr. 32, § 14. D. de recept. (4, 8.) *Salmas.* a. a. O. pag 822,

39) fr. 27 pr. D. d. R. V. (6, 1.)

40) fr. 16. D. de Sct. Maced. (14, 6.)

41) fr. 5, § ult. D. de administr. tut. (26, 7.) Aus dieser Stelle erhellt zugleich, daß obige Redensart der Gegensatz von testato conveniri ist.

42) c. 14, § 4. C. de n. n. p. (4, 30.) c. 11, § 1. C. depos. (4, 34.) c. 3, § 1. C. de jure domin. impetr. (8, 34.) c. 3. C. de jure emphyteut. (4, 66.) c. 10, § 1. C. de bon. auct. jud. poss. (7, 72.)

43) Die zwei letzten Stellen der vorigen Note.

44) c. 22, § 6. C. de administr. tut. (5, 37.)

hen sind, als detestari und detestatio [45]), antestari und antestatus [46]), contestari [47]), contestatio [48]), contestato [49]). Das erste von diesen kommt in den Quellen durchaus nur als eine denunciatio, und zwar die an einen absens geschieht, vor, und eben so drückt die zweite nur das Verkündigen von Etwas unter Anrufung von Zeugen aus. Bei der dritten dieser Formen braucht nur daran erinnert zu werden, daß die litis contestatio in der ältesten Zeit mit einem Zeugenaufrufen verbunden war, um begreiflich zu machen, wie leicht man dazu kommen konnte, contestari mit denunciare in gleicher Bedeutung zu brauchen.

Schließlich sey hier noch erwähnt, daß auch in Justinian's Novellen die Ausdrücke παραγγελία und διαμαρτυρία

---

45) fr. 39, § 2. fr. 40 pr. fr. 238, § 1. D. d. V. S.

46) *Brisson.* d. V. S. s. v. antestari. *Cujac.* Obs. VII, 16. *Heinecc.* Antiquit, ed. *Haubold*, IV. 6. 14. Antestatus wie denunciatus. vergl. fr. 49. D. de judiciis (5, 1.) u. *Cujac.* an der a. St.

47) *Festus* de V. S. lib. III. s. v. contestari. fr. 7, § 1. D. quod jussu (15, 4.), wo es ganz in dem Sinne wie das in eben dieser Stelle vorkommende testato jusserit zu stehen scheint. fr. 38. D. de excus. (27, 1.) wo es dem testari gleich steht. cfr. fr. 13, § 8 u. 10. D. eod. ferner fr. 7, § 3. D. de decur. (50, 2.) c. 3. C. de fide instr. (4, 21.)

48) Paul. R. S. II, 14, § 6. c. 19. C. de usur. c. 8 C. de distract. pign. (8, 28.) vrgl. mit c. 2. C. creditorem debit. (8, 29.) In Vergleichung dieser Stellen ist außer Zweifel, daß in den zwei ersten Stellen contestatio ganz wie in der letzten denunciatio gebraucht ist. In c. 12. C. de contr. em. (4, 38.) ist es dem testatio gleich. Ferner c. 7. C. de repud. (5, 17.)

49) fr. 1, § 12. D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3.), wo ganz offenbar im Zusammenhange mit allem Uebrigen contestato dixerit wie denunciaverit gebraucht ist. Vrgl. vorzügl. fr. 1, § 3—6. D. eod.

wie **denunciatio** und **testatio**, gleichbedeutend gebraucht werden [50]).

Testatio ist übrigens ein allgemeinerer Ausdruck als **denunciatio**, da er auf jeden solennen Act, bei welchem Feierlichkeitszeugen nothwendig sind, der Sprache nach gehen kann und nicht jeder solche eine **denunciatio** im eigentlichen Sinne ist. Dies wird sich sogleich noch näher bestätigen.

§ 3.

Testament und sacrorum detestatio.

Es hat für uns natürlich großes Interesse, die ältesten Testationen aufzufinden; denn, selbst wenn sie keine Denunciationen wären, würden sie immer zu demselben Genus gehören, wie diese und dann würden wir erwarten dürfen, aus der Untersuchung ihrer Beschaffenheit für die der Denunciationen Etwas gewinnen zu können. Dies wäre aber um so erwünschter, als allerdings die Quellen für unser Institut nicht überall sehr ergiebig sind. Vorzüglich das Formelle der Testationen, da schon der Name **testatio** nach dem Vorigen uns darauf zurückweist, ist zunächst für uns interessant.

Die kurzen sprachlichen Erörterungen, durch welche wir vorläufig wenigstens einigen festeren Boden für unsere Untersuchung zu gewinnen suchten, lassen uns nun leicht in einer Stelle des Gellius [1]) zwei Testationen erkennen, die **sacrorum detestatio** und das Testament, wenn es unter Anderem darin heißt:

---

50) Unter andern Nov. 117, c. 15.

1) *Gell.* N. A. XV, 27.

Iisdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant.

Sehen wir zuerst auf das Testament, weil dieses das für uns Bekanntere ist, so wissen wir, daß neben dem Comitialtestamente noch zwei andere Arten vorkamen, die in procinctu und per aes et libram [2]). Die letzterwähnte Art ist offenbar die später entstandene [3]), die sich dann aber auch länger erhielt [4]), ohne Zweifel, weil sie, gegen die beiden anderen beschwerlichen Formen gehalten, die bei weitem bequemere war. Diese Art zu testiren war ursprünglich ein in die Mancipationsform eingekleideter Kauf vor fünf Zeugen und dem Libripens, durch den das Vermögen des Verkäufers auf den Käufer kam, der dann bei dessen Vertheilung Jenes Wünsche erfüllte; es war eine Vergabung von Todeswegen unter Lebenden beschafft [5]). Später erst wurde diese Form zu testiren ein Testament in dem wahren Sinne des Wortes; denn da war der familiae emtor nur noch ein Scheinkäufer und ein Anderer ward in dem Testamente als Erbe eingesetzt [6]). Die Verwandlung war um so leichter und natürlicher, als ja auch ursprünglich das Vermögen des Verkäufers oder Testators in der Regel wenigstens blos durch die Hand des Käufers gegangen zu seyn scheint, so daß auch da schon der Wirkung nach Diejenigen Erben wurden, die

---

2) *Gell.* a. a. O.

3) *Gaj.* II, 101 u. 102.

4) *Gaj.* II, 103.

5) Beseler, Erbvertr., Thl. 2. Bd. 1. S. 84 fgg., vorzügl. S. 90. Im Wesentlichen kann ich nur dessen Ansicht beitreten.

6) *Gaj.* II, 103 und 104.

man später als solche geradeswegs einsetzte, wenn die Sache auch rechtlich anders lag.

So wie die Testamentsform per aes et libram neben den beiden älteren Formen herging, bis sie diese ganz verdrängte, so später die prätorische Form mit sieben Zeugen neben der per aes et libram [7]). Sie entstand offenbar, indem der Prätor, den letzten Schein eines Kaufs entfernend, ganz einfach die fünf Mancipationszeugen, den Libripens und Scheinkäufer als sieben Zeugen auffaßte. Der Libripens, wenn er vielleicht auch ursprünglich den leitenden Magistrat vorstellte [8]), war ja im Wesentlichen überhaupt doch nichts als ein Zeuge [9]), und ebenso der familiae emtor in der späteren Zeit [10]). Die Richtigkeit alles dessen ergibt sich auch, wenn wir auf das Civilrecht hinsehen, welches für das Testament die fünf Zeugen [11]), wohl auch noch die weitere Form des testamentum per aes et libram eine Zeit lang beibehielt, bis es ganz mit dem prätorischen Rechte verschmolz, wo dann ebenfalls die sieben Zeugen an die Stelle der fünf traten [12]).

Daraus geht überall hervor, daß alle Testamentszeugen, welche im römischen Rechte von dem testamentum per

---

7) *Gaj.* II, 119. *Theoph.* Paraph. de test. ordin. § 2.

8) Hugo, R. G., elfte Ausg. Bd. I. S. 213 u. zwar 20—25.

9) *Gaj.* II, 107. Daher wird er auch ganz nach gleichen Grundsätzen beurtheilt wie ein Zeuge. *Ulp.* fr. XX, 6.

10) Die Fehler, die einen Zeugen untüchtig machten, thaten dies daher bei ihm auch. *Ulp.* a. a. O. § 7. *Gaj.* Epit. I, 6. § 3.

11) c. 1 u. 3. C. Th. de test. et codic. (4, 4.). Dazu die Interpretation des Jac. *Gothofredus.*

12) Vergl. mit den Stellen der vorigen Note *Theoph.* a. a. O. § 3. u. c. 2. C. J. de bon. poss. sec. tab. (6, 11.)

aes et libram an bis auf die neueste Zeit herunter vorkamen, keine anderen als die Mancipationszeugen waren, und daß wir uns daher die sieben Zeugen namentlich immer als fünf + zwei zu denken haben.

Waren die Mancipationszeugen nun aber nothwendig freie römische mannbare Bürger [13]), und mußten noch später die Testamentszeugen ebenfalls freie, in die Jahre der Mannbarkeit getretene Männer sein [14]); war ferner erforderlich, daß sie rogirt [15]) und freiwillig gegenwärtig waren [16]), was sicher auch schon bei den Mancipationszeugen der Fall seyn mußte (§ 11, Nr. 1, Text bei Note 11), so waren alle Testamentszeugen ohne Zweifel stets Repräsentationszeugen. Dies beweisen auch die Nuncupationsworte, wo die zum Zeugnisse förmlich aufgerufenen Zeugen als Quiriten angeredet wurden und dies thut gleichfalls die bestimmte Zahl der Zeugen dar [17]). Die Gesetze selbst ergeben, daß die Zeugen Solennitätszeugen waren [18]). Nach ihren Eigenschaften und nach der Anrede an sie kann aber nur angenommen werden, daß sie eine römische Volksversammlung repräsentirten, und zwar, nach der Zahl fünf näher zu schließen, eine Centuriatcomitialversammlung, was auch fast allgemein neuerlich

13) *Theoph.* a. a. O. § 1. *Gaj.* II, 104.

14) fr. 20 pr. § 6 u. 7. D. qui test. fac. poss. (28, 1.) Weiber, die früher gar nicht (*Gell.* N. A. VI, 7.), später aber allerdings Zeugniß ablegen konnten (fr. 20, § 6. D. cit. fr. 18. D. de test. (22, 5.) waren nach der vorletzten Stelle bei Testamentserrichtungen untaugliche Zeugen.

15) fr. 22, § 2. D. qui test. fac. poss.

16) fr. 20, § 10. D. eod.

17) *Gaj.* II, 104.

18) fr. 20, § 7. D. eod.

angenommen wird. Es ist nicht abzusehen, was die fünf Zeugen hier für eine andere Bedeutung haben sollten, als die der fünf Stimmclassen, wenn wir nicht annehmen wollten, sie hätten gar keinen Sinn gehabt, was zumal deshalb, weil die Römer bekanntlich in die Zahlen so viele Bedeutung legen, unthunlich erscheint.

Mit dieser Bedeutung der Testamentszeugen ohne Zweifel hängt auch zusammen, wenn die Römer noch nach den geltenden Quellen das Testament für ein publicum instrumentum erklären [19]) und es wegen des öffentlichen Interesses wo möglich aufrecht erhalten wissen wollen [20]).

Ist dies Alles richtig, so dürfen wir ferner unbedenklich annehmen, daß die Testamente per aes et libram an die Stelle der alten Comitialtestamente traten und ein Surrogat für diese waren, in welchem der ursprüngliche Sinn derselben bewahrt war. Diese Annahme stimmt auch vollkommen mit der Rechtsbildung der Römer im Allgemeinen zusammen. Immer schließen sie das Neue mit größter Vorsicht an das Alte an, ohne dieses je leicht ganz aufzugeben.

Können wir daraus rückwärts von der neuesten Testamentsform auf die per aes et libram schließen, daß, wie oben angenommen, die Zeugen auch dabei rogirte, nicht unfreiwillige seyn durften, weil bei den Comitialtestamenten das Volk doch auch zusammenberufen erschien und weil ferner auch nicht abzusehen seyn würde, wie, wenn die Sache frü-

---

19) fr. 2 pr. D. test. quemadmod. oper. (29, 3.) *Ulp.* lib. L ad edict.: tabularum testamenti instrumentum non est unius homi nis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illis adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

20) fr. 5. D. eod. *Paul* lib. VIII ad Plaut. publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere.

herhin anders gewesen wäre, in der späteren Zeit solche Erfordernisse erst entstanden seyn sollten, so können wir noch weiter rückwärts gewiß auch mit Grunde annehmen, daß bei Errichtung der Comitialtestamente das Volk förmlich als Zeuge von dem Testator angerufen wurde. Dies scheint sogar aus der zuletzt angeführten Stelle des Theophilus zu folgen, in welcher er von solchen Testamenten sagt:

Καὶ ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ.

Natürlich fand auch bei dem Testamente in procinctu ein Zeugenaufruf statt.

Ist nun mehrfach klar, daß jedes Testament eine testatio ist [21]), so kann uns auch im Allgemeinen nicht zweifelhaft sein, daß das Wesen der testatio in der Zuziehung von Feierlichkeits- und Repräsentationszeugen zu einem Rechtsgeschäfte und deren Aufruf zum Zeugnisse besteht.

Das Nämliche wie für das Testament scheinen wir aber fast auch für die Mancipation und das Nexum annehmen zu müssen, obwohl sich dies nicht in jeder Beziehung ausgesprochen findet, denn das Testament per aes et libram ist ja doch nur eine einzelne Anwendung der Mancipation und überall bei dieser repräsentiren die Zeugen auf die nämliche Art. Völlige Gewißheit läßt sich darüber jedoch nicht allenthalben gewinnen und namentlich darüber nicht, ob hier ein förmlicher Zeugenaufruf am Schlusse statt hatte. Dagegen scheint zu seyn, daß unseres Wissens von der Mancipation

---

21) *Gell.* N. A., wornach aus triftigen Gründen, dem pr. I. de test ordin. (2, 10.) zuwider, testamentum nicht als testatio mentis zu nehmen ist, vielmehr lediglich von testari stammt und das verlängerte testatio ist. *Ulp.* fr. XX, 9. *Gaj.* II, 104. fr. 20, § 8. fr. 24. D. qui test. fac. poss. Das ita testor und der Zeugenaufruf bei Gajus sprechen ganz klar.

oder dem Nexum nirgends gesagt ist, daß sie unter die Testationen gehören, dafür spricht die Sache und Das, was wir zu Begründung dieser Ansicht später (§ 11) beibringen werden.

Dann haben wir in dem Testamente wenigstens Fälle von Testationen, die nicht auch Denunciationen sind, denn daß irgendwo von Testamenten oder auch Mancipationen gesagt wäre, sie seyen unter die Denunciationen zu rechnen, das ist uns durchaus unbekannt.

Eine weitere unzweifelhafte Testation ist die **sacrorum detestatio**. Der Streit, was diese gewesen sei, ist noch nicht als ganz beigelegt anzusehen. Darauf etwas weiter einzugehen, wird daher hier am Platze seyn.

Sie wurde von den früheren Gelehrten einmal für die Lossprechung des zu den **Sacris** Verpflichteten von diesen vor den Comitien, dann für den Act gehalten, durch den eine Sache den Göttern geweiht ward [22]). Was die Widerlegung dieser Meinungen betrifft, so beziehe ich mich ganz auf Das, was Savigny über die Sache gesagt hat [23]), der zugleich die neue geniale Ansicht aufstellte, daß die **sacrorum detestatio** sich auf die **arrogatio** bezöge und dabei die Erklärung des zu Arrogirenden bedeutete, durch welche er die früheren **sacra**, oder, was dem gleichbedeutend wäre, die frühere **gens** von sich abwiese, so daß die **sacrorum detestatio** nichts als das Lossagen von der **gens** wäre. Dem scheint Niebuhr [24]) durchaus beizustimmen.

22) Die Litteratur siehe bei Hüllmann, Römische Grundverfassung. S. 164, Note *.

23) Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 2. S. 399 fgg.

24) Niebuhr, Röm. Gesch. Bd. 1. S. 372. Note 844.

Ohne diese Ansicht aufzugeben, hat Huschke sie noch zu bereichern gestrebt [25]), indem er annimmt, daß gerade so, wie der Einzelne Einen, der dies nicht war, als Vater habe annehmen, sich habe arrogiren lassen können, einen Urvater unter gewissen Bedingungen anzunehmen, auch den gentes möglich gewesen wäre und daß auf diese gentilitische Arrogation die sacrorum detestatio sich besonders bezogen habe.

Eine ganz abweichende Meinung hat Hüllmann aufgestellt, indem er in dem Falle, wo Jemand sein Vermögen der Familie entzog und einen extraneus einsetzte, den Act eines solchen Testirens für die sacrorum detestatio hält, wodurch die Uebernahme der sacra dem Fremden zur Verpflichtung wurde. In einem früheren Werke meint er, es sey die Erklärung des Testators [26]) über die Person Dessen, der zu den sacris verpflichtet wurde, später, es sey die Versicherung des eingesetzten Fremden [27]) rücksichtlich der sacra gewesen.

Was nun zuerst Hüllmann's Ansichten betrifft, so erscheinen sie schon deshalb bedenklich, weil sie nirgends eine Bestätigung finden, als in den allerdings witzigen, aber oft zu kühnen Combinationen ihres Urhebers. Für mehr als bedenklich halte ich sie aber, weil, wenn nach dem von Cicero Angeführten [28]) klar ist, daß die Römer, und zwar selbst schon in der ältesten Zeit [29]), bestimmte Grundsätze

25) Huschke, Studien d. R. R. Bd. 1. Seite 137. Note 3.

26) Hüllmann a. d. a. St. S. 160.

27) Hüllmann, jus pontificium. S. 69.

28) *Cic.* de leg. II, 19 und 20.

29) *Cic.* a. a. O. c. 20: Haec nos a Scaevola didicimus, non ita scripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant, tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si etc.

darüber hatten, auf wen die sacra übergingen, und namentlich die älteste mit der neueren Zeit darin übereinstimmte, daß zunächst der Erbe wegen derselben gehalten sei, [30]) eine Erklärung des Testators wie des Erben rücksichtlich des durch die auctoritas der Priester [31]) schon bestimmten oder zu bestimmenden Uebergangs der sacra ganz überflüssig erscheint. Sehen wir von dem testamentum per aes et libram ab, von dem hier, wo es sich von einem Acte vor den Calatcomitien handelt, nicht die Rede seyn kann, so macht die Auffassung der sacrorum detestatio als Zusicherung des Eingesetzten auch der Umstand bedenklich, daß ein testamentarischer Wille, so viel bekannt, stets [32]) zurückgenommen werden konnte, also in sofern etwas durchaus Einseitiges, dem Vertrage Entgegengesetztes, war, deshalb vor dem Tode des Erblassers dem Eingesetzten sein Recht gab, und Letzterer daher, da er in dem andern Momente durch Rücknahme des Testamentes vielleicht keine Hoffnung mehr hatte, Erbe zu werden, sich schwerlich schon bei der testatio des Erblassers auf das Ungewisse hin zu den sacris desselben verpflichtet haben würde.

Außerdem ist aber auch nichts weniger als wahrscheinlich, daß, wäre die sacrorum detestatio eine Zusicherung des Eingesetzten gewesen und hätte wesentlich zu dem Acte des

---

30) Siehe die vorige Note und aus c. 19. des *Cicero* die Worte: Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. *Heredum* causa justissima est.

31) *Cic.* a. a. O. c. 21. Sie hatten rücksichtlich der sacra nicht nur gesetzgebende, sondern auch Strafgewalt und legten weder dem Senate noch Volke Rechenschaft ab. Ebenso waren sie vollkommen selbstständig in der Wahl neuer an die Stelle der abgehenden pontifices. *Dion. Halic.* II, 73. *Plut.* quaest. rom. Basil. Vol. II pag 279.

32) Beseler a. a. O. S. 100 fg.

Testirens gehört, sie noch besonders neben dem testamentum fieri, und zwar vor demselben, von Gellius erwähnt worden wäre, zumal wenn die Uebernahme der sacra als bloße Folge des Eintritts in die Erbschaft nach dem Vorigen erscheint.

Sehen wir zu Huschke's Ansicht über, so scheidet sich diese von der Savigny's nur dadurch, daß sie noch Etwas mit in das Gebiet herein zu ziehen bemüht ist, was Savigny der sacrorum detestatio vindicirt hatte. Es wird daher nur zu betrachten seyn, in wie weit man sich des Zuwachses wirklich erfreuen darf.

Die Stelle des Cicero, worauf Huschke seine Ansicht gründet [33]), bezieht sich auf die in den einzelnen Familien aufbewahrten mortuorum laudationes und lautet im Zusammenhange so:

> „Quanquam his laudationibus historia rerum nostrarum est facta mendosior. Multa enim scripta sunt in eis, quae facta non sunt, falsi triumphi, plures consulatus, genera etiam falsa et a plebe transitiones [34]), quum homines humiliores in alienum ejusdem nominis infunderentur genus, ut si ego me a M. Tullio esse dicerem, qui patricius cum Servo Sulpitio consul anno X post exactos reges fuit.“

Sie sagt also, daß durch die zu Verherrlichung der einzelnen Familien von diesen aufbehaltenen Notizen viel

---

33) Die Stelle ist nicht Brut. c. 12, wie irrthümlich in der schon citirten Stelle bei Huschke angeführt, sondern c. 16.

34) Die Conjectur Niebuhr's in dessen röm. Gesch. Bd. I. Note 835 erscheint zu gewagt, auch nicht einmal der Sache nach so passend wie die gewöhnliche Lesart.

Lügenhaftes in die Geschichte gekommen sey; denn Vieles wäre dort aufgezeichnet, was gar nicht vorgegangen wäre. Als Beispiele führt sie auf: falsche Triumphe, mehrere Consulate, als in den einzelnen Familien vorgekommen, falsche Geschlechter und a plebe transitiones [35]). Erklärend fügt sie dem letzten Ausdrucke hinzu, wenn nämlich Menschen von niedrigerer Abkunft auf ein fremdes Geschlecht ihres Namens oculirt würden, als wenn er, der Plebejer Cicero, sich von einem Patricer M. Tullius herleiten wollte, von dem er in der That nicht stamme.

Darnach scheint freilich sehr die Frage, ob Cicero wirklich sagen wollte, daß solche transitiones unter dem Schutze des Rechts vorgekommen, oder ob sie nicht vielmehr stets etwas Erschlichenes gewesen wären, was blos in so fern durch die Zeit Sanction erhalten hätte, als später dem falschen Ursprunge nicht mehr habe nachgekommen werden können.

Für das Erstere scheint auf den ersten Blick zu sprechen, daß die Triumphe, die Consulate, die Geschlechter, die neben den transitiones und zu demselben Ende wie diese erwähnt werden, an sich Dinge sind, welche mit Recht erworben wurden, bestanden und Berechtigungen gaben, mit welchen nur die Familiennotizen willkührlich, wohl auch fälschlich, umsprangen und daß von den transitiones daher Gleiches angenommen werden zu müssen scheint. Auch möchte dem Anscheine nach a plebe transitio Kunstausdruck gewesen seyn.

---

35) Falsa genera und a plebe transitiones scheidet Cicero wohl so, daß er unter dem Ersteren blos verstand, wenn ein patricisches Geschlecht sich von einem berühmteren, angeseheneren patricischen Geschlechte fälschlich herleitete, falsche Genealogien in die Familiennotizen einschwärzte.

Allein Letzteres weiset noch nicht nothwendig auf die transitiones als etwas jemals mit Recht Entstandenes hin, da der Ausdruck auch für diese merkwürdigen Inoculationen sehr wohl dann gebildet seyn könnte, falls sie nie anders, als auf erschlichene Weise vorgekommen wären, und dahin scheint mit mehr Sicherheit als Obiges für das Gegentheil der Umstand hinzudeuten, daß bei den anderen neben jenen Inoculationen erwähnten Dingen jeder Zeit die Verfälschung (plures consulatus, falsi triumphi, genera falsa) ausdrücklich angedeutet ist, während bei den a plebe transitiones, als verstünde sie sich von selbst, die ausdrückliche Erwähnung fehlt.

Deshalb möchte um so mehr anzunehmen seyn, daß dergleichen nur mißbräuchlich vorkamen [36]), als es höchst unwahrscheinlich ist, daß schon in einer, als Cicero lebte, vergangenen Zeit die Patricier Plebejer unter sich aufnahmen. Daß eine ganze plebejische gens gewissermaßen durch Arrogation von den Comitien zu einer patricischen erhoben worden wäre, ist aber vollends unwahrscheinlich, und würden uns gewiß, wenn dergleichen vorgekommen wäre, Beispiele aufbewahrt worden seyn.

Geben wir aber auch zu, daß solche anfangs erschlichene transitiones nach und nach für rechtliche hie und da gehalten worden seyn mögen, wie denn die Zeit bei den Römern gar manche Fehler bekanntlich heilte und zuletzt freilich alle

---

36) Man wird dabei an das letzte Capitel im letzten Buche des Valerius Maximus erinnert, welches de his, qui per mendacium se in alienas familias inseruerunt, überschrieben ist. Nur daß hier blos einzelne Individuen sich in eine Familie einzustehlen suchten, während bei den a plebe transitiones ganze Familien das nämliche Experiment machten.

heilt, so ist doch dabei mit Huschke von einem Gewohnheitsrechte zu reden, nach dem Vorigen gewiß sehr bedenklich und wenn es das selbst nicht wäre, wie sollte sich mit einem solchen die vor den Comitien vor sich gegangene **sacrorum detestatio** reimen? Der Gedankenzusammenhang scheint kaum zu entziffern, der Huschke geleitet haben mag, wenn er am Ende der oben angezogenen Note und in Bezug auf obige Stelle des Cicero sagt: „Diese Stelle enthält eine genaue und rechtliche Anspielung: Gewohnheitsrecht konnte eben so viel bewirken, wie Gesetz. Die **sacrorum detestatio** aber bezog sich besonders auch auf diese gentilitische Arrogation." Vielleicht daß derselbe später selbst darüber eine Auskunft zu geben sich entschließt.

Somit wären wir wieder auf die Arrogation eines Einzelnen reducirt und haben nur noch einen Augenblick ins Auge zu fassen, mit welchem Rechte Savigny die **sacrorum detestatio** auf diese bezieht. Er selbst führt dafür zwei eminente Gründe an, nämlich daß wir wissen, daß die **arrogatio** in der Versammlung der Curien geschah, und daß ein Jurist, Servius Sulpicius, über die **sacrorum detestatio** schrieb [37]), sie folglich höchst wahrscheinlich etwas Juristisches war. Diese Gründe lassen sich aber leicht noch verstärken.

Ein Mal spricht dafür, daß sie eine juristische Handlung war, oder Etwas, was sich auf eine solche unmittelbar bezog, daß eine **detestatio** und ein **detestari** in dem Edicte sowohl, als den zwölf Tafeln vorgekommen seyn müssen; denn die eine Stelle, welche des Detestirens gedenkt, ist aus des Paulus [38]) 53. Buche zum Edicte, die andere aus des Ul-

37) *Gellius* N. A. VI, 12.

38) fr. 39, § 2. D. de V. S. „**detestari est, absenti denunciare.**"

pian[39]) 56. Buche (ohne Zweifel auch zum Edict), und die dritte aus des Gajus[40]) 6. Buche zu den zwölf Tafeln entnommen. Nun kommt im ganzen juristischen Bereiche, so weit er uns jetzt vorliegt, wenn die sacrorum detestatio nicht hierher gezogen werden dürfte, eine detestatio gar nicht vor, so daß man unwillkührlich darauf hingewiesen wird, die in den letzten Noten enthaltenen Definitionen aus dem Titel de Verb. Sign. auf diese zu beziehen.

Dann werden wir auf denselben Punct aber auch schon gewiesen theils dadurch, daß sie bei Gellius neben dem juristischen Acte des Testirens erwähnt wird[41]), theils dadurch, daß nach Gellius[42]) der Jurist Servius Sulpicius in dem Werke über die sacrorum detestatio von den Testamenten Erwähnung that, theils endlich dadurch, daß die arrogatio, so wie das Testiren, die Uebertragung eines ganzen Vermögens enthielt, so daß beide in jeder Beziehung mit vollkommenem Rechte neben einander erwähnt werden, und so dürfte kaum ein Zweifel übrig seyn, daß Savigny's genialer Scharfsinn in dieser Beziehung durchaus den rechten Punct getroffen hat.

Dagegen scheint nicht unbedenklich, mit ihm die sacrorum detestatio in der Erklärung des zu Arrogirenden zu finden. Wenn der Sohn wirklich ausdrücklich den früheren Opfern entsagte, so lag darin allerdings ein von sich Abweisen, und sofern detestatio als ein Verabscheuen[43]), ja

39) fr. 40 pr., D. eod. „detestatio est denunciatio facta cum testatione."

40) fr. 238, § 1. D. „detestatum est testatione denunciatum."

41) *Gell.* N. A. XV, 27.

42) *Gell.* N. A. VI, 12.

43) *Gell* XII, 1.

als Verfluchen vorkommt [44]), was das absoluteste von sich Abweisen von Etwas ist, würde sich die Bedeutung, in der Savigny die detestatio nimmt, rechtfertigen. Allein eines theils wissen wir nicht, daß der zu Arrogirende dergleichen vornahm, vielmehr erhellt blos, daß er sich auf die Frage, ob er dem Arrogirenden ein justus filius seyn wolle, zu erklären hatte [45]), und anderentheils ist auch nicht mit Klarheit abzusehen, wie der Sohn zu einer solchen Erklärung gekommen seyn sollte, da auch hier ohne Zweifel, wie bei dem Uebergange eines Vermögens durch Erbschaft, durch die auctoritas der Pontifices über die Opfer bestimmt ward, und sonach jene Erklärung als etwas Ueberflüssiges hätte erscheinen müssen.

Zwar könnte dagegen einmal erwiedert werden, wenn die Opfer Sache der Priester gewesen wären und in deren Hände der Sohn hätte entsagen müssen, so sey begreiflich, weshalb in unseren juristischen Quellen der Lossagung nicht gedacht wäre, dann aber auch, daß sie, wenn der Sache nach nicht nothwendig, doch eine hergebrachte Förmlichkeit gewesen seyn möchte [46]). Allein auf solche dürftige Argumente wäre wenigstens wohl ein Gewicht nicht zu legen, wenn eine na-

---

44) *Liv.* X, 38

45) *Gaj.* I, 99. fr. 2 pr. D. de adopt. (1, 7.)

46) *Gell.* N. A. V, 19. spricht auch von einem Eide, der sonst bei der Arrogation der Sage nach habe geschworen werden müssen. Da hier Jemand vielleicht an diesen denken könnte, so ist wenigstens so viel darüber zu erinnern, daß Gellius dessen unmittelbar hinter der Erwähnung des Umstandes gedenkt, daß jedesmal auf das Genaueste die rechtschaffene, gefährdelose Absicht des pater arrogator untersucht worden wäre, so daß, wenn der erwähnte Eid wirklich je existirte, nicht füglich anders angenommen werden könnte, als er sey ein vom Vater über seine bona fides bei der Sache zu schwörender gewesen.

türlichere, der Sache angemessenere Erklärung zur Hand wäre, und daran dürfte es nicht fehlen.

Wenn nämlich die sacra Sache der Kirche waren, was nach Obigem und überhaupt keinen Zweifel leiden kann, so war wohl nichts natürlicher, als daß das in den comitia calata vertretene Priestercollegium [47]) bei jedem vorkommenden Acte, wo ein Uebergang der sacra in Frage kam, das desfalls Erforderliche alsbald bestimmte und dann in der Comitialversammlung vor den Versammelten als Zeugen den Interessenten verkündigte, so daß dann an die Stelle des wohl jedenfalls entbehrlichen Lossagens des Arrogirten, die fast unentbehrlich scheinende förmliche Verkündigung der Kirche träte, welche zugleich ein Lossprechen des Arrogirten von den Opfern seiner angestammten gens enthalten mußte. Dies stimmt auch damit zusammen, daß diese Verkündigung nicht nur eine testatio war, sondern unzweifelhaft auch nach den obigen Stellen aus dem Digestentitel de V. S. eine denunciatio, und daß die Denunciationen die Form waren, durch welche die Pontifices die Vorschriften der Kirche zu veröffentlichen pflegten [48]).

Was außer dem Angedeuteten der Inhalt jener Denunciation gewesen, das kann allerdings nur vermuthet werden, da wir darüber gar nichts wissen. Inzwischen mag, da wir uns einmal auf dem Felde der Vermuthung befinden, noch etwas Weiteres angedeutet werden, was uns darüber beigegangen ist.

---

47) *Gell.* a. a. O. XV, 27.

48) *Macrob.* Saturnal. I, 16. *Gell.* N. A. X, 24: Sacerdotes quoque quum condicunt in diem tertium. Es braucht kaum erinnert zu werden, daß condicere und denunciare ganz Gleiches bedeuten. (§ 2.)

Wenn wir Christen Gott als Geist auffassen und in ihm den Einen erkennen, von dem Alles ausgeht, mit dem Alles zusammenhängt und in den Alles zurückkehrt, so waren zu dieser Tiefe des Gedankens die Heiden, und darunter die Römer, noch nicht durchgedrungen. Sie faßten vielmehr den Geist nur in seinen einzelnen Gestaltungen auf, so namentlich auch, wie er in der Familie erschien. Die hieraus entstehenden Familiengötter hatten gleiche Berechtigung gegen einander und mußten nothwendig als unvereinbar einander gegenüber stehen, da ihr eigenstes Wesen darinnen gerade bestand, die Familienindividualität zu repräsentiren, da sie nichts, als die vergeistigte, vergötterte Individualität waren [49]). So erklärt sich leicht, wie die auf eine solche

49) So möchten die Laren aufzufassen seyn, welche aber noch in weiterem Umfange, als nach der Seite der Familie, wie es scheint, die Individualität repräsentirten. Wenn sie bei *Arnobius* adv. gentes, Bas. 1546 pag. 143, Paris 1605 pag. 156, der darin Widersprüche findet, als tectorum domuumque custodes, dann als Curetes, auch Indigetes, Samothracii, ferner als die Manen, die geisterhaften Stammhelden, und daher die Mania, als die Mutter der Laren, dargestellt werden, so deutet das Alles auf die Repräsentation der Familienindividualität, vorzüglich die Familie in Bezug auf ihren letzten Ursprung gedacht. Damit stimmt auch vortrefflich überein, wenn nach *Plutarch* rom. quaest., Bas. Vol. II. pag. 276 fgg. die Laren einen Hund bei sich haben und in Hundsfell gekleidet sind (d. h. sie hatten Hundshelme auf), sey es nun, was Plutarch nicht mit einander vereinigen kann, daß sie ihrer Natur nach wie die Hunde dem Hause und der Familie, der sie gehören, Freund, dem zur Familie nicht Gehörigen feindlich gesinnt, oder daß sie als strenge Wächter des Inneren der Familie gedacht werden, welche, die Unthat rächend, das Haus und das Leben erhalten. Alles dieses trifft in der Einen Grundidee zusammen. Aber sie muß noch weiter gefaßt, nicht blos auf die Familie, wo sie nur vorzugsweise hervortritt, beschränkt bleiben. So steht nach obiger Stelle des Arnobius lares wie lauras, vicos, so daß die Laren auch als Gottheiten einer größeren in sich abgeschlossenen menschlichen Gemeinschaft genommen werden

Gottheit sich beziehenden sacra (bloße Zeichen, daß sich Jemand zu derselben bekannte, sie als die Seinige anerkannte) mit anderen dergleichen nicht vermischt werden konnten, — ein entgegengesetztes Beispiel dürfte in der römischen Geschichte nicht vorkommen, — daß man vielmehr nur die einen oder anderen haben durfte. Dies Wesen der Familiensacra aber auszusprechen und aufrecht zu erhalten, war die Sache der Kirche. Demnach mußte dreierlei in der Detestation wohl unbezweifelt enthalten seyn, einmal der Ausspruch, daß der Arrogirte von seinen früheren sacris losgetrennt sey, sich derselben gänzlich zu enthalten habe, — ein entgegengesetztes Handeln wäre nach Obigem Verunreinigung, Verletzung beider Familiengötter gewesen, welche dadurch in eine ihrem Wesen zuwiderlaufende Vereinigung gebracht worden wären, — dann die Bedeutung, daß der Arrogirte sich den sacris des pater arrogator und seiner Familie anzuschließen und das in dieser Beziehung Erforderliche zu beobachten habe, und endlich die Androhung von Verwünschungen, oder Strafen, oder von beiden für den Fall des Zuwiderhandelns in dem einen oder anderen Falle. Der erste Theil der denunciatio, welcher die beiden anderen schon im Keime mit in sich schloß, enthielt die letzte, gänzliche, schmerzliche Loslösung des Arrogirten, der bisher als pater familias selbst den thätigsten Antheil an den altgewohnten, geweihten Familienopfern genommen und diese mit geleitet hatte, von diesen und über-

---

können. Darum opferten auch die Römer nach *Festus*, s. v. hostiliis laribus, den feindlichen Laren. Sie wollten sie dadurch gleichsam wie Hunde herauslocken und so dem feindlichen Volke die Individualität entziehen, was dann natürlich ohne Schwierigkeit zu besiegen war. So vereinigen sich leicht die verschiedenen Bilder, welche nur dem in dieser Beziehung verdüsterten Blicke der Römer nicht klar und zur Einheit verknüpft werden konnten.

haupt von den ihm angeborenen, daher eigensten, heiligen Familienbanden, und bildete deshalb wohl den Haupttheil derselben.

Dabei begriffe sich auch leicht, wie man diese vor den versammelten Curien vorgenommene Verkündigung, eigentlich ganz in demselben Sinne, wie Savigny es thut, detestatio nennen konnte. Sie war eine solche auch in dem Sinne, wie Festus [50]) das Wort im Gegensatze der obtestatio gebraucht, und war, was die Definition des Festus voraussetzt, kein wirkliches Anrufen der Gottheit in der priesterlichen Verkündigung, was sich nicht mit Gewißheit bestimmen läßt, so hatte den Sprachgebrauch, wie wir ihn bei Festus finden, die Jurisprudenz wohl jedenfalls etwas modificirt, wie die oben angezogenen Stellen aus dem Digestentitel de Verb. Sign. ergeben dürften. Es begreift sich dies Alles um so mehr, wenn wir erwägen, wie sehr die Römer selbst geneigt waren, die arrogatio als etwas im Zweifel Nachtheiliges, Bedenkliches, nur im äußersten Nothfalle ausnahmsweise zu Gestattendes zu betrachten, was unter Andern schon hinreichend aus der Beschreibung über die vorher angestellten Prüfungen, sc wie auch daraus hervorgeht [51]), daß das Volk dabei seine Einwilligung ertheilen mußte [52]).

Auch wie man etwa die Arrogation als sacrorum detestatio bezeichnen konnte, würde unter jenen Voraussetzungen dadurch leicht verständlich seyn, daß jene Verkündigung, weil man doch nicht bestimmt wissen konnte, wie

---

50) *Festus* de V. S. lib. XIII. s. v. obtestatio: obtestatio est, quum deus testis in meliorem partem vocatur; detestatio quum in deteriorem.

51) *Gell.* N. A. V, 19.

52) *Gaj.* I, 99.

die Curien stimmen würden, wohl den Schlußact ausmachte und man nach ihr daher wohl um so leichter das ganze durch sie beendigte Geschäft bezeichnen konnte, als das Religiöse allenthalben, wo es eintrat, als die hauptsächliche Rücksicht betrachtet ward. Der Schlußact gab auch sonst mitunter für das ganze Geschäft eine Bezeichnung ab. (§ 11.)

Endlich steht mit dem Entwickelten, wenn die ganze Arrogation auch nicht als sacrorum detestatio bezeichnet worden wäre, durchaus nicht im Widerspruche, daß Servius Sulpicius über die sacrorum detestatio schrieb, da wir von Cicero [53]) wissen, daß das jus pontificium und jus civile jedenfalls mehrfache Berührungspuncte hatten und Cicero selbst bei den sacris gerade den Zusammenhang beider anerkennt. [54]).

Dagegen ist bedenklich, daß in der oben citirten Stelle des Paulus [55]) detestari als absenti denunciare definirt wird. Dies würde nach der verschiedenen Bedeutung von absens an sich verschieden verstanden werden können, es könnte hier jedoch nicht füglich etwas Anderes heißen, als die Abwesenheit von den Comitien, so wie sonst wohl abesse auch als in jure non esse vorkommt [56]). Nun sind aber die Interessenten hier gerade dort gegenwärtig, und so scheint es unmöglich, jene Definition mit dem gewonnenen Resultate zu vereinigen. Will man nun nicht annehmen, daß etwa erst später im Edict dem detestari die obige Bedeutung in irgend einer uns unbekannten Beziehung untergeschoben worden ist,

---

53) *Cic.* de legg. II, 19 u. 21.

54) *Cic.* a. a. O. cap. 19.

55) fr. 39, § 2. D. d. V. S.

56) fr. 4, § 5. D. de damn. infect. (39, 2.)

was bei unserer wenigen Bekanntschaft mit der Sache freilich möglich wäre, so scheint uns nur folgender Ausweg offen.

Dieselben Patricier, welche schon in sehr früher Zeit als Prätoren die Formeln so vorsichtig zu fassen wußten, daß stets darin nicht nur alle gegenwärtigen, sondern auch die zukünftigen Fälle begriffen waren, faßten ohne Zweifel als Pontifices ihre Formeln auf gleiche Weise. War es nun Sache der ganzen, wenigstens erwachsenen Familie, die Weiber eingeschlossen, welche an den Comitien keinen Theil hatten [57]), durch Theilnahme an den Opfern für den Familiengott ihm die schuldige Verehrung zu bezeugen, und blieb, da die **sacra perpetua** waren [58]), dies der Fall, bis eine weitere Aenderung eintrat, so daß auch die künftigen Glieder der Familie als zur Zeit ihrer Erwachsenheit wenigstens mit in die Verpflichtung eintretend angesehen werden mußten, so war dies vielleicht nicht ganz unwahrscheinlich in der Formel der **sacrorum detestatio** enthalten, und dann würde darin die Definition des Paulus leicht ihre Erklärung finden.

Doch genug der Vermuthungen, die wir weiter für unseren Zweck nicht bedürfen. Das wesentliche Resultat, was wir gewonnen haben, wenn wir die **sacrorum detestatio** in dem entwickelten Sinne verstehen dürfen, besteht darin, daß uns eine weitere bestimmte Form der **testatio** bekannt worden ist, die wir zugleich als Denunciation bezeichnet finden, bei welcher wir aber rücksichtlich der Form ganz die nämlichen Bestandtheile antreffen, wie bei dem Comitial-Te-

57) *Gell.* a. a. O.

58) *Cic.* a. a. O.

stamente, die Gegenwart des Volkes und ohne Zweifel ein feierliches Zeugenaufrufen [59]).

Der Unterschied, der zwischen der zuerst erörterten Art der testatio und der sacrorum detestatio sich herausstellt, ist der, daß durch das Testament der individuelle Wille zu einem Beerbungsgesetze erhoben ward, während bei der sacrorum detestatio ein schon bestehendes Gesetz oder kirchliche Observanz, die Opferordnung, dem Einzelnen verkündigt wird. Dort wird also ein Rechtsgeschäft zu Stande gebracht, hier wird ein bestehendes Rechtsgeschäft näher bestimmt.

Wir werden sehen, daß dies schon den Unterschied andeutet, der sich nach den späteren Erörterungen zwischen der testatio, die als denunciatio in den Quellen näher bezeichnet wird, und der testatio, die keine denunciatio ist, findet. (§ 11.)

§ 4.

Die Litiscontestation.

Nach den sprachlichen Erörterungen des § 2 fiel auch die litis contestatio unter den Begriff der testatio. Die Sache bestätigt das dort gewonnene Resultat vollkommen; denn wenn die litis contestatio der Act ist, welcher das Verfahren in jure von dem in judicio scharf abmarkt, sich durch das Aufrufen der in jure gegenwärtigen Zeugen characterisirt [1]) und bestimmte juristische Wirkungen rücksichtlich eines rechtlichen Verhältnisses hervorbringt, so hat sie offenbar alle für eine testatio nach dem Obigen wesentlichen Eigenschaften.

---

59) fr. 40 pr. D. de V. S. Vergl. mit § 11 unten.

1) *Festus* s. v. contestatio.

Dann ist aber bedenklich, die bei der Litiscontestation vorkommenden Zeugen, von denen sie nach der in der ersten Note dieses §. citirten Stelle des Festus bekanntlich den Namen hat, für bloße Beweiszeugen zu nehmen, wie dieß dem Anscheine nach Keller thut[2]); denn dadurch würde die Litiscontestation einen von den anderen in dem vorigen §. näher betrachteten Testationen, ja, einen von allen Testationen überhaupt ganz verschiedenen Charakter erhalten und der Annahme einer solchen Verschiedenheit mangelt aller Grund.

Nicht nur bei den schon näher beleuchteten, vielmehr bei sämmtlichen Testationen, namentlich auch den Denunciationen, kommt nämlich im neueren römischen Rechte[3]) überall, wo Zeugen ausdrücklich erwähnt werden, nur die Zahl drei und sieben vor[4]), in welcher letzteren Zahl wir überall, wie bei dem Testamente, die fünf als Grundzahl anzunehmen haben. Nie gedenken dabei die Quellen zweier Zeugen. Erst in ziemlich später Zeit, wo sich der ursprüngliche Sinn

---

2) Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil, S. 3—5, der wenigstens nicht ausspricht, daß sie etwas Anderes wären, und auch ihren Zweck vornämlich darein setzt, daß sie später in judicio gebraucht würden, um über die Verhandlungen in jure Auskunft zu geben, was außer durch das schon Bemerkte auch noch durch andere, bald näher zu erörternde Gründe bedenklich werden möchte. Vrgl. auch noch Keller a. a. O. S. 37.

3) Im älteren römischen Rechte finden sich bekanntlich auch 10 Zeugen bei der confarreatio vor. In der 10 ist 3 und 7 enthalten.

4) Zwar gibt es, abgesehen von dem Testamente und respective der Mancipation, nur wenige Beispiele, wo die Zahl der Zeugen ausdrücklich erwähnt ist, wie sich später ergeben wird; — wahrscheinlich weil es bei den Römern eine bekannte Sache war, wie viele man brauchte, — allein andere, später ausführlicher zu erörternde Umstände bringen zu hinlänglicher Gewißheit, daß die bei der Denunciation anzuwendende Zahl in der Regel drei war.

der Sache schon mehr und mehr verwischt haben mochte, z. B. in einer Constitution Constantin's [5]), werden schlechtweg viele Zeugen erwähnt und dann liegt doch auch hierin, daß es wenigstens mehr als zwei Zeugen seyn müssen und also die Zahl drei bestimmt darin enthalten ist [6]). Die angegebenen Zahlen drei und sieben (5+2) sind aber offenbar solche, welche uns mit Bestimmtheit darauf hinführen, daß die Zeugen keine Beweiszeugen, sondern Solennitätszeugen waren [7]) und daß, so wie die fünf Zeugen nach den Erörterungen im vorigen §. die Klassen, so die drei Zeugen wahrscheinlich die drei alten Tribus oder das in diese getheilte Volk repräsentirten. Darauf führt mit Wahrscheinlichkeit, daß wir bei Cicero [8]) eine Vertretung der Curien durch drei Auguren finden und dafür scheint auch als eine Bestätigung angesehen werden zu können, was über die drei Zeugen bei den instrumentis quasi publice conscriptis bekannt ist [9]), rücksichtlich derer Niemand bezweifeln wird, daß sie keine bloßen Beweis-, sondern Feierlichkeitszeugen sind. Wie hätten sonst solche Instrumente mehr Kraft bekommen und gleichsam

---

5) c. 22, § 6. C. de administr. tut. (5, 37.): „tutor cogatur aedificia reficere testificatione operis ipsius et *multorum* fide."

6) Es scheint aber überhaupt nicht darauf angekommen zu seyn, daß nur drei Zeugen gegenwärtig, sondern blos darauf, daß wenigstens drei vorhanden waren. cfr. c. 11 C. qui potiores in pignore (8, 18.)

7) c. ult. C. de fideicomm. (6, 42.)

8) *Cic.* ep. ad Attic. IV. 18.

9) Durch die zugezogenen drei männlichen Zeugen wird das aufgenommene Instrument ein quasi publice confectum, also ein gewissermaaßen öffentliches. c. 11 C. qui pot. in pign. (8, 18.), vergl. auch mit c. 20 C. de fide instr. (4, 20.), c. 2 C. de annal. exc. (7, 40.) c. 23 C. ad Sct. Vellej. (4, 29.), c. 27 C. de testam. (6, 23.), endlich Nov. 73, c. 1 und 7.

als öffentliche gegolten? — Waren aber bei den später vorkommenden außergerichtlichen Denunciationen[10]) Feierlichkeitszeugen nothwendig, so waren die bei der Litiscontestation der ältesten Zeit vorkommenden Zeugen wohl ohne Zweifel auch keine anderen, als repräsentirende Solennitätszeugen. Dann war aber die Zahl dieser Zeugen, wovon später das Mehrere, gewiß nicht zwei[11]), sondern drei oder fünf, wie durch eine sogleich noch näher zu betrachtende Stelle noch wahrscheinlicher wird, welche von Zeugen spricht, die in judicio angewandt wurden, offenbar um den Verhandlungen vor dem judex dauernde öffentliche Glaubwürdigkeit zu sichern.

§. 5.

Zuziehung dreier Zeugen bei den judiciis.

In einem späteren Schriftsteller nämlich, dem Isidorus Hispalensis[1]), welcher übrigens, wie sich mehrfach ausweist, manche ältere Quellen, die uns unzugänglich geworden sind, benutzt haben muß, finden wir unter manchen anderen folgende merkwürdige Nachricht: [2])

„In omni autem judicio sex personae quaeruntur, judex, accusator, reus et tres testes.“

Wir können sie um so weniger unbeachtet lassen, als

10) Namentlich bei denen in Nov. 117, c. 15, und in dem tit. de Sct. Claud. im C. Theod.

11) Mühlenbruch, Cession, S. 78, Note 159, nimmt, aber gewiß mit vollkommenem Unrechte, das Gegentheil an, da zwei Zeugen nur zum Zwecke des Beweises genügen.

1) Er starb 636 und lebte also zu Ende des sechsten und im Beginnne des siebenten Jahrhunderts.

2) *Isidorus Hispalensis* XVIII. 15.

sie, abgesehen davon, daß ihr in keiner Weise etwas entgegensteht, die innere Wahrscheinlichkeit für sich hat, wie wir bald genauer zeigen wollen.

Ist unmittelbar vor und bald nach der angezogenen Stelle von Beweiszeugen die Rede, so muß doch sofort als ausgemacht angesehen werden, daß unter den **tres testes**, welche zu dem **judicium** gehören, keine solchen gemeint seyn können; denn eines theils sagt Isidor selbst unmittelbar vorher [3]), daß man entweder durch Zeugen oder durch Urkunden beweisen könne, so daß, was sich übrigens auch von selbst versteht, nicht immer durch Zeugen bewiesen zu werden brauchte, und anderentheils ist ja auch nach allen über die Beweisführung geltenden Regeln an sich klar, daß nicht stets drei Zeugen zur Führung eines Beweises gefordert werden konnten. Ueberdem würde, wenn unter den drei Zeugen Beweiszeugen verstanden werden sollten, Isidor sich nicht so haben ausdrücken können, daß wir daraus schließen müßten, die drei Zeugen hätten nothwendig zum Bestande jedes **judicii** gehört. Sie müssen also ohne allen Zweifel Feierlichkeitszeugen gewesen seyn.

Gehen wir näher darauf ein, bei welchen **judiciis** diese drei Feierlichkeitszeugen nöthig waren, so könnte auf den ersten Blick der Ausdruck **accusator** täuschen und auf die Vorstellung bringen, es wäre nicht sowohl von einem civilen als criminellen **judicium** die Rede; allein dieß kann schon aus dem Grunde in keiner Weise angenommen werden, weil eine solche Form der Gerichte, wie Isidor sie beschreibt, bei

3) *Isid. Hisp.* l. l.: „**Probatio autem testibus et fide tabularum constat.**“

Criminalsachen dem römischen Rechte ganz unbekannt ist. Dann erklärt aber Isidor selbst weiter unten den accusator so, daß wir sehen, er kann ihn eben so gut für einen Kläger in einer Civilsache genommen haben [4]), und endlich kommt ja auch außer bei dem Isidor accusator in dieser Bedeutung ganz so vor [5]), wie accusatio für eine Civilklage [6]). Demnach spricht Isidor also von einem civilen judicium und zwar unzweifelhaft von dem vor Einem judex. Da wo die Centumvirn und Decemvirn richten, da sind die Sachen keine Privatsachen, das Gericht daher auch kein judicium privatum, da bedarf es also auch keiner Vertreter des Volks, welches die Centumvirn und Decemvirn selbst sind, während eine solche Vertretung in jedem judicium privatum nöthig erscheint, schon um die Resultate desselben festzuhalten und sicher zu stellen. Dazu wird aber jene drei Zeugen schon nach dem früher Bemerkten [7]) Jeder für vollkommen geschickt halten, da darnach drei männliche Solennitätszeugen, welche zu einem Rechtsgeschäfte zugezogen wurden, dazu dienten, diesem eine gleichsam behördliche Kraft und Glaubwürdigkeit zu verleihen [8]). Nur ist in jenen Stellen, wo dies vorkommt, überall vorausgesetzt, daß auch über die Verhand-

---

4) *Isid. Hisp.* l. l.: „Accusator quasi adcausator, quia ad causam vocat eum, quem appellat.“

5) *Cicero* or. partit. 32: „Sed accusatorem pro omni actore et petitore appello.“

6) *Brisson.* de V. S. s. v. accusatio. Freilich wohl nur bei gewissen Klagen, die noch später sacramento ausgemacht wurden (meine leg. act. sacr. Note 85.); allein das wußte Isidor schwerlich.

7) Vergl. §. 4, vorzüglich Note 9.

8) Vergl. meine comment. ad c. 20 C. de fide instrum. nec non ad Nov. 49 c. 2.

lungen, welchen die Zeugen beiwohnen, ein Instrument schriftlich aufgenommen und von denselben unterschrieben wird. Nun wäre zwar möglich, daß ursprünglich die drei Zeugen ohne Niederschrift einem Rechtsacte jene gedachte Kraft und Glaubwürdigkeit blos durch ihre Gegenwart hätten geben können, inzwischen müßte dies gewiß in eine sehr frühe Zeit gefallen seyn; denn daß in der Zeit des Formularprocesses nicht blos in jure, sondern auch in judicio Acten geführt wurden, ist unbedenklich anzunehmen [9]). Es hat dies schon in sich selbst die größte Wahrscheinlichkeit, da es doch da=

9) Betymann Hollw. a. a. O. S. 237 und 238 nimmt zwar an, daß selbst zu Cicero's Zeit noch keine Protocolle über die mündlichen Verhandlungen aufgenommen worden seyn möchten und vor dem judex nicht einmal in der Zeit des Formularprocesses; allein für die erste Annahme gibt natürlich die angezogene Stelle (*Cic.* in Verr. II. 2, 41—43) keinen Beweis, da, wenn die hier erwähnten öffentlichen Niederschriften keine eigentlichen Protocolle über mündliche Verhandlungen sind, doch dergleichen damals sehr wohl existirt haben können und wahrscheinlich existirt haben, da es unwahrscheinlich ist, daß, wenn man bei dem Beginne einer Rechtssache Etwas schriftlich machte (Bethmann Hollw. a. a. O. S. 236 fg.), man im Fortgange der Sache gar Nichts niedergeschrieben haben sollte. Gegen die andere Annahme scheinen aber zwei Stellen klar zu sprechen, fr. 45 pr. D. de re jud. (42, 1) aus *Paulus* lib. I. sentent.: „Acta apud se habita, si partes consentiant et judex hoc permiserit, potest jubere ea die circumduci, nisi vel negotium, vel lis terminata sit“, ferner fr. 46 D. eod. aus *Hermogen.* lib. II. jur. epit.: „Actorum verba emendare, tenore sententiae perseverante, non est prohibitum.“ Siehe die Glosse zu beiden Stellen. Sie zeigen beide, daß in judicio, wo die Sentenz gesprochen ward, Acten gehalten worden sind. Es wird dies auch als etwas so Ausgemachtes und Gewöhnliches hingestellt, daß man schwerlich zweifeln kann, daß damals schon das Actenhalten auch wirklich etwas Gewöhnliches war. Wurden aber welche bei dem judex gehalten, so war es sicher auch bei dem Magistrate der Fall.

mals wie jetzt von größter Wichtigkeit seyn mußte, die Resultate der geführten Processe aufzubewahren, um sich deren zu jeder Zeit bedienen zu können. Ueberhaupt ist aber wahrscheinlich, daß bei den meisten Rechtsgeschäften, wo Feierlichkeitszeugen zugezogen wurden, wegen ihrer großen Wichtigkeit schon in einer sehr frühen Zeit Instrumente aufgenommen und theils bei öffentlichen Behörden, theils bei den Privaten, die sie angingen, aufbewahrt worden sind, wie uns das auch von den Gesetzen bekannt ist [10]). So bei der Arrogation, weil sie eigentlich ein Gesetz bildete [11]), gewiß stets, sehr häufig ohne Zweifel auch bei dem Testamente [12]) und den Mancipationsgeschäften [13]). Es beruhte ja damals wie jetzt die Sicherheit des Vermögens der Privaten hierauf. Sie mußten z. B. schon sehr früh ohne Zweifel eben so gut Erwerbdocumente haben wie wir, so wie wir denn deren auch in der späteren Zeit eine Menge den unsrigen ganz ähnliche bei ihnen finden, wenn die der früheren Zeiten auch nicht so ausführlich waren, wie diejenigen, welche wir aus späterer Zeit besitzen [14]). Eben so war es dann sicher mit den Instrumenten über wichtige processualische Vorgänge, die sich freilich wohl erst in späterer Zeit zu förmlichen Acten ausspannen. Daß dies Alles sich wirklich so verhielt, wird aber

10) *Polyb.* III, 26. *Liv.* III, 55.

11) *Gaj.* I, 99.

12) Schon aus den Worten der Mancipationstestamente erhellt das. *Gaj.* II, 104.: „Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt“, etc.

13) Wir verweisen nur auf Das, was darüber in dem §. 11 vorkommen wird.

14) In Marini's Papyrusrollen und Spangenberg's Urkundensammlung.

für die Zeit der classischen Juristen ganz klar und bestimmt durch eine Stelle des Paulus bewiesen [15]). Dies konnte aber auch wirklich der Sache nach wohl höchstens nur in ganz ältester Zeit fehlen, und so darf man ohne Bedenken annehmen, daß es, wenn auch nur ganz kurze, Acten schon in der späteren Zeit des Legisactionenprocesses gab.

Ist dies Alles richtig, so dürfen wir die Nachricht des Isidor nicht nur auf die Zeit des Formularprocesses, sondern wir müssen sie wenigstens auf einen sehr bedeutenden Theil der diesem vorhergehenden Zeit beziehen.

Einer oder der Andere wird zwar vielleicht die ganze Sache bedenklich finden, weil nirgends sonst von einer solchen Einrichtung der judicia Etwas erwähnt wird, inzwischen wird gewiß schon das als eine ausreichende Widerlegung ei-

15) fr. 45 §. 4–9 D. de jure fisc. (49, 14) ebenfalls aus *Paulus* lib. I. sentent. §. 1.: „Ex bonis, quae ad fiscum delata sunt, instrumenta vel chirographa, acta etiam ad jus privatorum pertinentia restitui postulantibus convenit. §. 5. Neque instrumenta, neque acta a quoquam adversus fiscum edi oportet. §. 6. Ipse autem fiscus actorum suorum exempla hac conditione edit, ut ne is, cui describendi sit potestas adversus se, vel rempublicam, his actis utatur, de quo cavere compellitur, ut si usus is contra Interdictum fuerit, causa cadat. §. 7. Quotiens apud fiscum agitur, actorum potestas postulanda est, ut merito iis uti liceat, eaque manu commentariensis adnotanda sunt. Quod si ea aliter proferantur, is, qui ita protulit, causa cadit. §. 8. Quotiens iterum apud fiscum eadem causa tractatur, priorum actorum, quorum usus non fuerat postulatus, ex officio recitatio jure poscetur." Nehmen wir diese Stelle mit den in Note 9 bemerkten zusammen, so finden wir in ihnen Alles, was wir oben als nothwendige Einrichtung bei den Römern schilderten, nur freilich in einer späteren Zeit, aber auch bereits so organisirt, daß wir es mit Sicherheit für eine viel frühere Zeit annehmen dürfen.

nes solchen Bedenkens angesehen werden können, daß wir in so sehr viel Dingen uns aus den Quellen wenigstens eines directen Rathes nicht erholen können. Was wissen wir z. B., um nur bei den Puncten stehen zu bleiben, welche uns hier vorzugsweise interessiren, über die Verhandlungen in jure, wenn wir von Dem absehen, was wir vornämlich aus Cicero und Gajus über die Förmlichkeiten des Vindicationsverfahrens vor dem Prätor erfahren? Nirgends findet sich davon auch nur ein einigermaßen vollständiges Bild. Aus den verschiedensten Quellen müssen wir uns ein solches mühsam combiniren und doch bleibt noch gar Vieles zu wünschen übrig, namentlich wenn wir die ohne Zweifel mit der Zeit vorgegangenen Veränderungen ins Auge fassen. Und wie ist es selbst oft mit den einzelnen Andeutungen, welche uns die Quellen in dieser Beziehung geben? Wie ist es namentlich mit der abgerissenen Notiz des Festus über die Litiscontestation, die in jeder Beziehung mangelhaft dasteht und uns bei weitem mehr zu errathen übrig läßt, als wir durch sie erfahren? Und ist es mit den Verhandlungen vor dem judex viel anders und besser? Erfahren wir von der ältesten Zeit etwas Anderes, als daß der eigentlichen Verhandlung eine kurze Darstellung der Sache vorausging [16])? Ob sie eine Wiederholung des in jure Vorgekommenen war, ob sie sich auf diese vielleicht gar nicht bezog, indem möglicherweise früher die Verhandlungen in jure in bloßen Einleitungsförmlichkeiten bestanden, wie wir sie z. B. von der Vindication her kennen, wer kann es mit vollkommener Sicherheit bestimmen? Am Ende ist es auch ganz natürlich,

---

16) *Gaj.* IV, 15.

daß man von Dem, was täglich in bestimmten Formen vor den Augen des Volkes vor sich ging und Jedem bekannt war. weniger aufzeichnete und eben so, daß man das etwa Aufgezeichnete später, wo das Extraordinarverfahren allgemein war und wo die früheren Proceßformen daher wenigeren, in mancher Beziehung keinen Werth mehr hatten, bei Seite setzte und aus den früheren Gestaltungen des Rechts blos herausnahm, was für das unmittelbare practische Bedürfniß erforderlich war. So könnte jene Argumentation gegen die Beweisfähigkeit unserer Stelle des Isidor gewiß um so weniger die geringste Beachtung finden, als nach dem bereits Bemerkten wohl ganz offenbar der innere Zusammenhang der Sache für die Richtigkeit der uns überlieferten Nachricht spricht.

Aber nicht blos der innere Zusammenhang spricht dafür, sondern auch noch eine Stelle unserer geltenden Quellen [17]) scheint darauf hinzuweisen. Sie lautet so:

> „Similique modo, si dominus inter acta quendam servum filium suum nominaverit, voci ejus, quantum ad liberam conditionem, credendum est; si enim ipse tali affectione fuerit accensus, ut etiam filium suum servum nominare non indignetur et hoc non secreto inter solos amicos, sed etiam actis intervenientibus *et quasi in judicii figura* nominaverit: quomodo potest eum servum iterum saltem morientem habere? Sed perducatur et ipse in civitatem Romanam vera libertate et non falso sermone domini sui sustentatus.“

17) c. 1 §. 10 C. de lat. lib. toll. (7, 6.)

Wenn wir nämlich diese Stelle mit dem §. 1, 2 und 11 der in der letzten Note citirten Constitution vergleichen, so leidet es gewiß keinen Zweifel, daß **Justinian** mit den Worten **et quasi in judicii figura** ausdrücken wollte, daß fünf Feierlichkeitszeugen bei der Erklärung des Herren gegenwärtig seyn müßten; dann waren es aber mit dem Herren zusammen ihrer sechs, und so wäre im Zusammenhange mit unserer Stelle des **Isidor** vollkommen klar, wie **Justinian** von der gedachten Erklärungsform hätte sagen können, der Herr habe **quasi in judicii figura** seinen Sclaven seinen Sohn genannt.

Freilich könnte hier eingewendet werden, daß bekanntlich das Testament in unseren Quellen häufig als judicium, judicium defuncti, judicium extremum. supremum bezeichnet werde [18]) und daß also die Ausdrücke **quasi in judicii Figura** nicht sowohl die Form, welche man bei Constituirung eines Gerichts beobachtete, als vielmehr nur bezeichneten, daß bei der Erklärung des Herren die Förmlichkeiten des Testaments in Obacht genommen seyn müßten. Dieser Einwand möchte inzwischen doch nicht ganz unbedenklich seyn, da einestheils zweifelhaft scheint, ob da, wo blos von dem Formellen des Testamentes die Frage seyn würde, dasselbe, wenn wir die betreffenden Worte der Constitution nicht in dem angedeuteten Sinne nehmen, als judicium bezeichnet werden könnte, und da zu dem anderentheils die Testamentsform zu **Justinian's** Zeit nicht mit fünf, sondern mit sieben Zeugen beschafft wurde. Auch das quasi macht jene Erklärung unserer Stelle einigermaaßen bedenklich. Wäre sie aber begründet, so bestätigte sie einestheils

18) *Brisson.* s. v. judicium.

unsere obige Erklärung jener Worte, wie wir sie im Zusammenhange mit §. 1, 2 und 11 der gedachten Constitution nahmen, anderentheils wiese sie uns aber offenbar auch im Zusammenhange mit der Stelle des Isidor darauf hin, wie man dazu kam, ein Testament ein judicium zu nennen und würde uns eine bis jetzt wohl noch nicht hervorgehobene Bedeutung dieser Bezeichnung des Testaments geben, so daß dann die sämmtlichen Stellen, in denen das Testament auf die gedachte Art bezeichnet wird, für unsere Ansicht und die Notiz des Isidor sprächen.

§ 6.

Die Litiscontestation der ältesten Zeit und in welchem Momente sie eintrat.

Fassen wir nun die Stelle des Isidor so, wie wir es thaten, so muß vor allen Dingen Ein Punct ins Reine gebracht werden, wenn uns nicht zweifelhaft werden soll, was bisher über die Litiscontestation festgestellt erschien [1]). Es könnte nämlich durch die Stelle des Isidor schwankend zu werden scheinen, ob nicht die drei Zeugen, die er erwähnt, die nämlichen wären, von denen auch Festus in der bekannten Stelle über die Litiscontestation redet, und ob daher nicht wenigstens in früherer Zeit die Litiscontestation in das judicium gefallen sey, in jure aber am Ende Zeugen gar nicht gegenwärtig gewesen wären.

Da für die Zeit des Formularprocesses durch Keller's gründliche Untersuchung uns vollkommen festgestellt erscheint, daß die Litiscontestation in jure stattfand, so müssen wir

1) Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 31—70. Die Form hat er weniger berührt, weil es ihm um den Inhalt vornämlich zu thun ist.

auf das ältere Verfahren zurückgehen, um uns zu überzeugen, daß auch hier etwas Anderes nicht stattgefunden habe.

Zur Zeit der ersten Könige, wo das meiste Recht noch kein geschriebenes [2]) und sicher auch zum großen Theil noch ein sehr schwankendes war, entschieden diese in der Regel selbst, und blos geringere Händel überließen sie der Entscheidung der Senatoren, welche von ihnen jedoch überwacht wurden, damit die Entscheidungen nicht ungerecht ausfallen möchten [3]). Die Rechtssprüche der Könige hatten Gesetzeskraft [4]) Ohne Zweifel auch die der Senatoren, wenn sie der König nicht verwarf. Die Verhandlungen, welche hier allenthalben der Entscheidung vorhergingen, haben wir uns gewiß sehr summarisch, wie wir jetzt sagen würden, zu denken; denn die Entscheidung erfolgte rasch, ohne Aufschub [5]). Ganz formlos waren sie sicher nicht, vielmehr wurden sie ohne Zweifel in der Regel **sacramento** eingeleitet [6]), wobei

---

2) *Dion. Hal.* II, 24.

3) *Dion. Hal.* II, 13 u. 29. Ob die Senatoren sämmtlich, oder blos mehrere, oder einer von ihnen cognoscirte, ist aus der Stelle nicht mit Klarheit zu entnehmen.

4) *Dion. Hal.* X, 1.

5) *Dion. Hal.* II, 29.

6) Nicht unwahrscheinlich, ja der Sache nach nothwendig (vrgl. Note 22 zu §. 14) ist, daß auch Criminalhändel in der frühesten Zeit sacramento ausgemacht wurden. Eine Spur, die dahin weist, scheint sich im c. 8. der L. Servilia zu finden, (vergl. Sell, Recuper. 373 fgg.), auch wohl im Festus d. V. S. pag. 265. (Vgl. meine leg. act. sacram. S. 30 fgg.), ferner in der dem Legisactionenverfahren ganz ähnlichen Einleitungsart der Criminalsachen vor dem Magistrate. *Pseudo-Ascon.* in act. 1. ad Verr. ad c. 2: „Quum enim in jus ventum esset, dicebat accusator apud praetorem reo: ajo te Siculos spoliasse.“ Vergl. ferner *Cic.* divin. in Caecil. c. 5. Davon vielleicht noch der vom Ankläger zu leistende Calumnieneid. L. Servil. c. 8. Klenze in Note 15 hierzu hält ganz ohne Grund die sacramento ausgefochtenen Händel für judicia privata.

nur daran zu erinnern ist, daß diese Proceßform in der ganz ältesten Zeit höchst wahrscheinlich eine andere als späterhin war, nämlich ein wirklicher, wie später ein bildlicher Zweikampf [7]). Jedenfalls waren aber auch die ängstlich begrenzten, steifen Formen, von denen uns Gajus erzählt, daß ein leisester Verstoß dagegen alsbald ein causa cadere zur Folge gehabt habe, wodurch sie verhaßt worden seyen und einem freier gebildeten Verfahren hätten weichen müssen [8]), nicht gleich Anfangs, wenigstens nicht in so subtil ausgesponnener Maaße wie später, vorhanden [9]).

---

7) Ich beziehe mich dabei lediglich auf meine leg. act. sacram. und Huschke's Recension jener Schrift, ingleichen auf Note 6 des §. 14. Erinnert habe ich hier an die Form, weil man sich häufig das ursprüngliche Processiren ganz formlos, sicher unrichtig, vorstellt. War ein Zweikampf die ursprüngliche Form des Processirens, so erklärt sich um so leichter, wie man in der ältesten Zeit immer ohne Aufschub bis zur Endentscheidung gelangte, was da, wo blos durch andere Beweismittel die Wahrheit ausgemittelt wird, nicht immer möglich gewesen seyn würde. Uebrigens will ich nicht behaupten, daß nicht neben dem Zweikampfe auch andere Beweismittel angewandt worden wären, wenn sie zumal klar und zur Hand waren. Ist dies doch auch im deutschen Rechte so.

8) *Gaj.* IV, 30.

9) *Cic.* pro Muren. 11 u. 12. Am Ende des cap. 11. heißt es nach Berührung der Veröffentlichung der Legisactionen und Fasten durch Cn. Flavius: „Itaque irati illi (nämlich die Patricier), quod sunt veriti, ne, dierum ratione pervulgata et cognita, sine sua opera lege posset agi, notas quasdam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent.“ Dann fährt er im cap. 12 fort, sich darüber auszusprechen, wie das ganze Vindicationsverfahren vor dem Prätor hätte viel einfacher seyn können, und macht sich über die unnützen Förmlichkeiten desselben lustig, welche er etwa auf dieselbe Weise, wie Gajus IV, 16, beschreibt. Niebuhr, Röm. Gesch. Bd. 3. S. 369 fg. nimmt diese Stelle so, als wenn Cicero erzähle, die Legisactionen seyen erst nach Cn. Flavius Zeit erdacht worden, und sucht deshalb dessen Angaben als unrichtig darzustellen; allein die notae sind nicht Legisactionen, son-

In so weit hiernach in der Regel dieselbe Person, der König, die Rechtshändel leitete und entschied, und also eine Theilung des Verfahrens in zwei Abschnitte gar nicht statt hatte, auch die Entscheidung rasch, in der Regel ohne Zweifel an dem nämlichen Gerichtstage, dem Beginne der Sache folgte, in so weit trat die Litiscontestation, wie sich aus der Sache selbst ergibt, als ein besonderer, durch seine Folgen ausgezeichneter Punct wohl kaum schon hervor, konnte wenigstens nur eine sehr untergeordnete Bedeutung haben [10]). Wo aber nach rechtlicher Feststellung der Sache ein Aufschub

---

dern die in feierliche Worte gefaßten Formeln, deren man sich bei den Legisactionen bediente, wie der Zusammenhang jener Stelle ganz unzweifelhaft ergibt. Cicero's Nachricht mag daher immerhin etwas übertrieben seyn, indem seine Darstellung den Sinn zu geben scheint, als hätte es für die Legisactionen vor Cn. Flavius gar keine dergleichen Formen gegeben, während die Legisactionen doch sicher stets, wenn auch nur in ganz einfachen Formen, sich bewegten und bewegen mußten; allein sicher ist sie in so weit wahr, als jene subtilen Förmlichkeiten, mit denen später die Legisactionenprocesse überfüllt und dadurch so gefährlich wurden, erst eine patricische Erfindung späterer Zeit waren. Dies bestätigt nicht nur Gajus in der in voriger Note angezogenen Stelle durch die Worte: „eo res perducta est, ut, vel qui minimum errasset, litem perderet" ganz klar, — denn darnach gab es ursprünglich solche Subtilitäten nicht, — sondern es liegt auch ganz in der Natur der Sache, wornach wir uns das ursprüngliche gerichtliche Verfahren der Völker, wenn auch in steife, doch nicht in so complicirte Formen eingezwängt zu denken haben. So verhielt es sich ganz mit den den Legisactionen so außerordentlich ähnlichen Writs der Engländer, die sich auch erst nach und nach zu einem System ausspannen. Vergl. de Lolme's Verfassung von England, übersetzt von Dahlmann, Cap. 10. Auch die Ausdehnungen der Writs erinnern schlagend an Gaj. IV, 11. Vergl. vornämlich de Lolme a. a. O. S. 125 fg.

10) Dabei konnte wohl vorzüglich nur die Vertheilung der Parteirollen, wo diese nöthig war, in Frage kommen, wie namentlich bei der Vindication. Vergl. Gaj. IV, 16.

sich nöthig machte [11]), vollends darnach die weitere Ausmittelung der Sache in einem besondern judicium vorgenommen ward, da machte sich außer der Rollenvertheilung in den Fällen, wo diese nöthig erschien, nicht allein Bestimmung wegen des judicium und Feststellung des Ausgangs der Sache durch Caution nöthig [12]), sondern es trat hier schon die Möglichkeit ein, daß die Sache verloren war, wenn sie nicht in dem nämlichen Zuge, in den sie gebracht war, fortgesetzt und ausgemacht ward oder werden konnte. Daß dies wenigstens, wenn etwa ja nicht in der allerfrühesten Zeit, was sich schwerlich wird ausmitteln lassen, doch in sehr früher Zeit wirklich schon eintrat, ist eine ausgemachte Sache [13]).

---

11) *Dans*, De litiscontestatione quae fuit tempore legis act. pag. 8. sqq.

12) Daß das judicium, wo die Sache zum Austrag kommen sollte, in jure bestimmt werden mußte, ergibt sich von sich selbst, wegen des Uebrigen vergl. die in vor. Note angezogene Stelle des Gajus.

13) *Gaj.* IV. 106, 107 und 108. Nachdem er in den beiden ersteren §§. darthut, daß in den judiciis, quae imperio continentur, außer der exceptio rei judicatae, um den gedachten mit der rechtlichen Feststellung der Sache verbundenen Effect hervorzubringen, stets die exceptio rei in judicium deductae nöthig gewesen sey, bei den legitimis judiciis zu demselben Ende nur theilweise, fährt er im §. 108 fort: „alia causa fuit olim legis actionum; n a m q u a d e r e a c t u m s e m e l e r a t, d e e a p o s t e a i p s o j u r e a g i n o n p o t e r a t", d. h. nachdem einmal die Rechtssache vor dem Magistrat formell festgestellt worden war, — denn vor diesem war lege zu agiren (Gaj IV, §. 29.) und wir finden keine Spur, daß je etwa wo anders die legis actio vorgenommen werden konnte, — konnte ipso jure, ohne daß es einer Exception bedurfte, nicht wieder geklagt werden. Das actum erat schließt schon den Worten nach die Beweisführung nicht mit in sich, welche dem lege agere folgte, aber auch der Zusammenhang mit den zwei vorhergehenden §§. führt darauf, das Gegentheil anzunehmen, da darnach die unterstrichenen Worte des §. 108 offenbar so verstanden

Zwar sind die Verhandlungen in jure bei dem Legisactionenverfahren von denen bei dem Formularprocesse verschieden; denn einmal wurde bei den Legisactionen der Proceß durch Versehen gegen die Subtilitäten der lediglich den Patriciern bekannten [14]), vor dem Magistrate zu vollziehenden Formen [15]) von Vielen schuldlos gleich bei der ersten Einleitung verloren [16]), während in dem Formularprocesse das Verfahren vor dem Magistrate bis dahin, wo durch die Wahl einer der öffentlich proponirten und daher Allen bekannten Formeln der ganze Proceß in eine bestimmte Form gegossen ward, ganz formlos war, so daß hier nur, wer die nöthige Vorsicht verabsäumte, durch die Wahl einer unpassenden Formel den Proceß verlieren konnte, — durch das Denegiren der actio, wenn die Verhandlungen kein Klagrecht ergaben [17]), ward dem Kläger natürlich kein Recht genommen, weil er überhaupt keins oder keins mehr hatte [18]), — ferner wirkte die

werden müssen, daß bei den Legisactionen überall, nicht blos wo die Exceptio rei judicatae, sondern auch die Exceptio rei in judicium deductae Platz gegriffen habe, die Wirkung ipso iure eingetreten sei.

14) *Cic.* pr. Mur. 11.

15) Vergl. die vorige Note.

16) Note 8 und 9 dieses §., auch *Gaj.* IV. 11. Ein Rest davon im Formularprocesse war gewiß, daß auch durch dilatorische Exceptionen ein causa cadere erzeugt werden konnte. *Gaj.* IV. 123. Nur war auch hier dem Kläger durch das differre actionem leichter Hülfe geboten. *Gaj.* eod.

17) Z. B. fr. 69 u. 99 D. de acquir. v. omitt. hered. (29, 2.)

18) Wir können aus dem Denegiren der Actio durch den Prätor schließen, daß die Verhandlungen vor ihm einen vollständigen Ueberblick über die fraglichen rechtlichen Verhältnisse der Parteien, wohl auch meist über die factischen Verhältnisse, wie sie die Parteien aufstellten, enthalten mußten, was wahrscheinlich in geringerer Maaße

rechtliche Feststellung der Sache, wornach dieselbe auch unvollendet nicht von neuem begonnen werden durfte, im Legisactionenprocesse stets ipso jure, im Formularprocesse zum Theil ipso jure, zum Theil per exceptionem [19]); endlich ist wohl nicht daran zu zweifeln, daß die processualische Consumtion, die mit der Litiscontestation eintrat, erst mit dem Formularprocesse und der mit diesem allgemein eingeführten Condemnation auf Geld [20]) ihre feinere consequente Ausbildung, die für die älteste Zeit in der That ein viel zu theoretisches Ansehen hat, bekam [21]), so wie denn die Litiscontes-

im Legisactionenprocesse der Fall war als im Formularprocesse, oder auch gar nicht, weil dort, wenn von Seiten der Parteien die steifformellen Worte gesprochen waren, dadurch der Streit bereits eingeleitet erschien, ohne daß auf ihre weiteren behaupteten Rechte und factischen Angaben sonderlich viel scheint haben ankommen zu können.

19) *Gaj.* IV. 106—109 und Note 13 dieses §.

20) *Gaj.* IV, 48. Im Legisactionenprocesse wurde nach dieser Stelle nicht auf Geld condemnirt, sondern auf die Sache, wenn auf eine solche geklagt war.

21) Wir kennen die processualische Consumtion erst durch Gajus (III. 180 und 181). Welche consequente Durchbildung sie erhielt, hat uns Keller in seinem schon citirten Werke über Litiscontestation und Urtheil am klarsten gezeigt. Daß ihr so fein ausgesponnener Begriff kein ursprünglicher ist, sich vielmehr erst nach und nach gebildet hat, folgt aus der Sache selbst und der Vergleichung mit der Ausbildung der anderen römischen Rechtsinstitute, und daß man ihn als eine Art Novation und also die Litiscontestation gewissermaßen als Obligation faßte, hängt wohl offenbar mit der allgemein gewordenen Condemnation auf Geld zusammen. Davon stammt wohl auch her, daß der Verurtheilte, der im Laufe eines Vindicationsprocesses die Sache ersaß, diese gleichsam als gekauft behalten und den Kläger mit der litis aestimatio abfinden durfte. fr. 2. §. 21 D. pr. emt. (41, 4), fr. 2 pr. D. pro donato. (41, 6.) Denn im Sacramentalprocesse mußte der Proceß mit der Litiscontestation gewiß vollständig fixirt seyn, so daß spätere, im Laufe des Processes eintretende Veränderungen keinen Einfluß üben konnten.

station überhaupt in der Zeit vom Beginne der Rechtsbildung bis zum Formularprocesse in ihren Wirkungen manche Veränderungen erlitten haben mag [22]). Allein alle diese Verschiedenheiten sind für uns hier nicht wesentlich, in dem uns allein wichtigen Puncte stimmt das älteste mit dem neueren Verfahren überein. In jenem wie in diesem liegt nämlich der Gedanke zu Grunde, über dasselbe Recht soll nur Einmal gestritten werden und wenn der Proceß auch noch nicht definitiv entschieden, vielmehr nur durch die Parteien, — der Magistrat kümmert sich darum nicht [23]), — rechtlich und also

Noch sicherer konnte in früherer Zeit eine Restitution, Exhibition, Zahlung im Laufe des Streits nach der Litiscontestation bis zum Urtheil die Condemnation nicht hindern, da sonst der Beklagte in der Hand gehabt hätte, durch sein Benehmen nach der Litiscontestation dem Kläger den Verlust des sacramentum zuzuziehen. Keller a. a. O §. 22 S. 172 fgg., vorzüglich 188—191. Zimmern a. a. O. §. 38, 64, 121. Blos aus der bei dem Uebergang aus einer früheren Periode in eine spätere eingetretenen Veränderung erklärt sich auch der Streit der Proculianer und Sabinianer über diesen Punct (*Gaj.* IV, 114.), der ohne dies fast unerklärlich seyn würde. Wenn Gajus in dem erst citirten §. 108 sagt: et hoc est, quod apud veteres scriptum est, so darf uns das an diesen Annahmen nicht hindern, da von Gajus bis auf die lex Aebutia leicht ein Paar hundert Jahre verlaufen seyn mochten.

22) So erhielt das bekannte Verbot der 12 Tafeln, die streitige Sache in sacrum zu dediciren, fr. 3 D. de litigios. (44, 6), welches wohl unbedenklich auf den Moment der Litiscontestation für eine frühere Zeit bezogen werden muß, fr. 1 §. 1. D. eod., nach und nach erst größere Ausdehnung. Zimmern a. a. O. §. 124.

23) Für den Legisactionenproceß können wir dies wohl daraus mit hinreichender Sicherheit schließen, weil, wenn der Magistrat den Parteien die Formen anzugeben gehabt oder angegeben hätte, Niemand sich seine Instruction zu erbitten versäumt haben würde, um dadurch die Gefahr zu vermeiden, die Sache durch falsch gewählte Formen, oder auch nur Worte, zu verlieren (*Gaj.* IV, 11), wo-

in der Hauptsache festgestellt ist, so daß nur die Beweisführung übrig bleibt, so muß er nach der einmal genommenen Richtung zu Ende laufen, es kann in demselben regelmäßig [24]) eine Veränderung nicht mehr eintreten, auch nicht, wenn man denselben ganz aufgeben und von neuem beginnen wollte; denn klagen ist eine ernsthafte feierliche Handlung, welche der Kläger genau im voraus überlegen muß und wodurch der Beklagte nicht vergeblich wiederholt heimgesucht werden darf [25]). Wozu wären in dem Legisactionenprocesse sonst auch die strengen feierlichen Formen gewesen, bei denen schon die Verletzung jedes geringsten Theiles derselben ein **causa cadere** nach sich zog, wenn man jeden Augenblick davon wieder hätte abgehen können? Dies konnte so wenig geschehen [26]), wie ein Abgehen von der Formel in dem Formularprocesse [27]). Dort geschah die rechtliche Feststellung durch **verba legitima**, hier durch **verba concepta** [28]), von denen jene natürlich keinen weniger entscheidenden Effect hatten als diese. Ob die Wirkung der rechtlichen Feststellung aber **ipso jure** oder **per exceptionem** eintrat, war natürlich für den Effect ganz gleichgültig.

---

durch so viele Processe verloren wurden (*Gaj.* IV, 30). Für den Formularproceß gilt das Entgegengesetzte. *Cic.* pr. Caecin. III, 8.

24) Es müßte denn in integrum restitutio erlangt worden seyn.

25) Obwohl nicht geleugnet werden soll, daß, von der materiellen Seite genommen, diese Ansicht hart genannt werden kann, so ist sie doch, von der formellen Seite genommen, ganz richtig und einem Rechte ganz angemessen, was im Beginne seiner Entwickelung steht und überall auf steife Formen gebaut ist, von denen es erst nach und nach mehr und mehr frei wird.

26) *Gaj.* IV. 108. und Note 13 zu diesem §.

27) *Senec.* ep. 107.: „Quia jam primo vinculo tenentur et mutare illis formulam non licet."

28) *Gaj.* IV. 11. vergl. mit 30.

Wenn nun unzweifelhaft ist, daß das in dem Sprechen der legis verba bestehende lege agere vor dem Magistrate geschah, da Gajus dies geradezu sagt [29]), und es aus seiner Beschreibung des Vindicationsverfahrens [30]) klar hervorgeht, ferner der Hauptabschnitt des Verfahrens bei der legis actio sacramenti namentlich, der ältesten und allgemeinen Proceßform [31]), in das jus fiel, weil vor dem Magistrate und vor der Beweisführung zum Sacramentum provocirt und dieses festgesetzt wurde [32]), womit nothwendig der Proceß als fixirt angesehen werden muß [33]), so muß schon darnach angenommen werden, daß auch in dem Legisactionenprocesse der Zeitpunct der Litiscontestation derselbe war, wie in dem Formularprocesse, und daß die bei Isidor erwähnten Zeugen nicht die von Festus bei dem Worte contestari erwähnten seyn können.

Dies geht aber auch noch aus jener Stelle des Festus [34]) selbst hinreichend klar hervor. Denn wenn darnach ordinato judicio die Zeugen aufgerufen wurden, so könnte dies offenbar nur höchstgezwungen darauf gebeutet werden, wie schon Keller ganz richtig herausgestellt hat [35]), daß dies vor dem judex geschehen sey, da das ordinare judicium nach dem Obi-

29) *Gaj.* IV. 29. Vergl. auch Note 13 dieses §

30) *Gaj.* IV. 16.

31) Meine leg. act. sacram. namentlich S. 94 fg.

32) *Gaj.* IV. 16.

33) Vergl. Note 21 dieses §.

34) *Festus* s. v. contestari: „Contestari est, cum uterque reus dicit: Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.“

35) Keller a. a. O. S. 31. fgg.

gen und wie sich ganz von selbst versteht, dem jus angehörte, durch den Magistrat und vor ihm geschah. Suchte man nämlich in jenen Worten den Sinn, nach Regulirung des judicium in jure wäre dann vor dem judex die Zeugenaufrufung vor sich gegangen, so würde sich Festus mindestens sehr ungenau ausgedrückt haben, was ohne ganz bestimmte Gründe doch natürlich nicht angenommen werden kann. Niemandem würde einfallen, die Stelle in der gedachten Art zu verstehen, wenn ihn nicht andere Umstände, an denen es gänzlich fehlt, ganz klar darauf führten.

Die Zeugenaufrufung geschah also auch nach dieser Stelle in jure, nicht in judicio, und die Litiscontestation hatte also auch in der ältesten Zeit vor dem Magistrate statt. Denn auf diese Zeit haben wir mit Keller die Stelle des Festus wohl unzweifelhaft zu beziehen. Dies scheint nämlich aus folgender Stelle des Gajus [36]):

> „Postea tamen, quam judex datus esset, comperendinum diem, ut ad judicium venirent, denunciabant."

mit Sicherheit geschlossen werden zu müssen, nach welcher eine Denunciation den Schlußact der Verhandlungen in dem Sacramentalverfahren bildete, die wir, eben weil sie den Schlußact ausmachte, als Litiscontestation ansprechen dürfen. Sie bestätigt klar unsere Beweisführung und thut zugleich dar, daß, weil alle Denunciationen mit Zuziehung von So-

---

36) *Gaj.* IV. 15. Vergl. damit *Pseudo-Ascon.* in Verr. I, 9.: „Litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denunciatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem", welcher die Sache womöglich noch klarer macht.

lennitätszeugen geschahen, dergleichen auch bei den Verhandlungen in jure, also auch bei der Litiscontestation, gegenwärtig waren.

Wir dürfen wohl mit um so mehr Sicherheit diese Stelle des Gajus auf die Litiscontestation beziehen, weil es auffallend erscheinen müßte, wenn er dieselbe, welche überall, wo die Verhandlungen sich in die in jure und in judicio trennten, einen so wichtigen Punct im Processe bildete, bei seiner Darstellung des Legisactionenprocesses ganz übergangen hätte.

Freilich könnte dann wieder Jemand einwenden, daß dabei auffalle, daß dies nur so im Vorübergehen geschehen wäre, und könnte dadurch unsere Annahme schwankend zu machen suchen. Allein da natürlich dem Gajus und dessen Zeitgenossen, was die Litiscontestation war, unzweifelhaft seyn mußte, so reichte die flüchtige Andeutung in jener Stelle vollkommen aus, um kurz daran zu erinnern. Ja, Gajus würde sich leicht den Vorwurf der Weitläufigkeit zugezogen haben, wenn er, zumal in einem auf das practische Bedürfniß berechneten Buche, durch breitere Auseinandersetzung eine bekannte Sache seinen Zeitgenossen zur Anschauung zu bringen versucht hätte.

Dadurch scheinen alle weiteren Argumentationen für das Ausgeführte überflüssig zu werden. Wollte man aber selbst annehmen, die Wirkungen der Litiscontestation wären getheilt gewesen, und die anderen Wirkungen außer dem Rollenvertheilen, den Cautionenbestellungen und der Bestimmung des judicium, was Alles unzweifelhaft in das jus fällt und unzweifelhaft schon das ordinare judicium enthält, wären mit dem Beginne des judicium erst eingetreten, so würde dies nicht nur höchstbedenklich deshalb seyn, weil uns jede Spur einer solchen Theilung fehlt, sondern auch, weil uns Alles

darauf hinweist, daß von dem judex, oder den judices, die Rechtssachen schnell und wo möglich mit Einem Male abgemacht werden sollten. Die Parteien mußten dort mit ihren Beweismitteln gerüstet erscheinen, diese wurden alsbald geprüft, über die Sache herüber und hinüber perorirt und in der Regel sofort gesprochen. Aufschub konnte wohl gesucht und ertheilt werden; aber es geschah immer nur äusserst sparsam und mit großer Vorsicht [37]), und die Fälle, wo es geschah, sind also als Ausnahmen zu betrachten, wenn sie später wohl auch häufiger vorkommen. Für die regelmäßigen Fälle, für welche doch jede Einrichtung berechnet seyn muß, würde dann aber die Theilung gar keinen Sinn gehabt haben, indem Beginn und Ende des judicium der Zeit nach, rechtlich zumal, so gut wie zusammen gefallen wären. Aus dem nämlichen Grunde war schon für die älteste Zeit, wo der König selbst die ganze Sache rasch in einer Sitzung entschied, zu behaupten, daß damals die Litiscontestation keine, oder eine ganz untergeordnete Bedeutung gehabt habe.

§ 7.

Unwahrscheinlichkeit, daß die Litiscontestationszeugen und die in judicio die nämlichen Personen waren.

Neben dem ebenberührten, durch die Erörterungen des

---

37) Für diese Behauptung spricht nicht nur *Macrob.* Saturn. III, 116, wiewohl nach meiner Ansicht nicht so klar als Zimmern a. a. O. §. 130 Note 12 (der aber unrichtig citirt,) meint, sondern bei weitem mehr, daß die judicia nur ungern aufgeschoben wurden (*Plin.* ep. I, 18, s. f.), und daß man in der Regel nur Eine Frist in Geldsachen gab und zwar nur aus triftigen Gründen, nach vorausgehender Cognition. fr. 7 und 10 D. de fer. et dil. (2, 12.) Dies hielt man selbst in sehr später Zeit noch fest. Tit. C. de dil. (3, 11.)

vorigen § wohl für vollkommen beseitigt zu betrachtenden Zweifel, welchen uns die Stelle des Isidor erregte, drängt sich durch sie zugleich noch ein zweiter auf, den wir um so weniger ganz umgehen können, als er, schon sonst aufgeworfen, bis jetzt nicht zu gleichmäßiger Lösung hat gebracht werden können [1]).

Leicht könnte es scheinen, als läge in jener in dem vorigen § beleuchteten Stelle eine Bestätigung von Keller's auf den ersten Blick anscheinend ganz natürlicher, der Sache angemessener Ansicht [2]), daß die am Schlusse der Verhandlungen in jure aufgerufenen Zeugen, von deren Aufruf die Litiscontestation den Namen erhielt, wirklich gebraucht worden wären, um in judicio abermals zu erscheinen und dort die Vorgänge in jure dem judex zu bezeugen.

Obwohl nun diese Annahme Keller's sich auch nicht ganz bestimmt widerlegen läßt, so spricht doch Allerhand gegen dieselbe, was sie als höchst unwahrscheinlich darstellt.

Die Feierlichkeitszeugen, welche bei Rechtsacten zugezogen wurden, wie wir bereits bemerkt haben und schwerlich einem Zweifel unterliegt, waren zunächst da, um dem Rechtsacte Legalität zu geben, nicht um dessen Existenz als Zeugen darzuthun, wiewohl sie natürlich unter Umständen, wenn es nöthig erschien, auch als Beweiszeugen dienen konnten. Meistentheils wurden sie aber für den letzten Zweck, als Beweiszeugen, sicher gar nicht gebraucht. So wie bei uns die Schöffen zum Beispiel der Feierlichkeit wegen zugezogen wer-

1) Mayer, Litiscontestation S. 120 fgg. Rudorf in der Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 7. S. 240 ffg. *Dans*, Diss. inaug. de litisc. etc. p. 61. sqq.

2) Keller a. a. O. S. 3 fgg. S. 34.

den, um dem Rechtsacte seine Gültigkeit zu geben, während eine Vernehmung derselben als Zeugen etwas nur ausnahmsweise Vorkommendes, Seltenes ist, da die in ihrer Gegenwart aufgenommene Urkunde in der Regel schon Alles hinreichend klar macht, so war es auch mit jenen Feierlichkeitszeugen bei den Römern, wenn auch mitunter später vorkommt, daß sie vernommen werden [3]). Beide sind ein Surrogat des Volks und legalisiren, wie bemerkt, den Rechtsact, zu dem sie zugezogen werden. So wurden ohne Zweifel auch Mancipationszeugen in der Regel nicht als Beweiszeugen vernommen, vielmehr hat man sich sicher gewöhnlich blos auf die über derlei Geschäfte errichteten Urkunden gestützt, welche schon an sich beweisend waren, sofern nicht etwa deren Aechtheit geleugnet wurde. Und bei der Litiscontestation zumal war ja durch die Gegenwart des Magistrats und durch die Gerichtsacten alles in jure vorgegangene Wesentliche in Gewißheit.

Schon hiernach erscheint es, wenn auch nicht unmöglich, doch nicht wahrscheinlich, daß man die in jure vorhandenen Zeugen gebraucht habe, um wiederum in judicio zu erscheinen und da, was in jure vorging, zu bezeugen. Die Hypothese Keller's ist aber, ganz abgesehen von dem eben Ausgeführten und davon, daß die Quellen nicht eine Andeutung zur Bestätigung derselben enthalten, auch nicht wahrscheinlich deshalb, weil Das, was in jure vorkam, ziemlich einfach war und bis auf die Einleitung des Rechtsstreites durch das Sprechen der nöthigen formellen Worte von Seiten der Parteien und des Magistrates die Rollenvertheilung, wo sie erforderlich war, und die Bestimmung der Zeit des judicii,

---

3) c. 20 C. de fide instrum. (4, 21.) Hier liegt der Fall des Leugnens einer Urkunde vor.

den judex nicht interessiren und von ihm als geordnet vorausgesetzt werden konnte [4]), auch gewiß höchst selten unter den Parteien bestritten war, so daß es jener Zeugen in der Regel schon deshalb sicher gar nicht bedurft haben würde, um über jene Umstände einen Beweis herzustellen. Danz meint zwar noch, daß Zeugen in den Fällen nöthig gewesen wären, wo es sich um eine specielle Sache, wie bei der Vindication, handelte, um bei einem Ableugnen der Identität des Streitobjects in judicio den Leugnenden auf der Stelle zu überweisen [5]). Allein auch eine solche Annahme rechtfertigt sich gewiß nicht, da in dem hierher gehörigen Hauptfalle, bei der Vindication, bewegliche Sachen stets ins Gericht vor den Prätor gebracht wurden, dieser in der älteren Zeit mit den Parteien, wenn unbewegliche Sachen in Frage waren, zu diesen hinging und man jedenfalls auch später bei der deductio privata dafür sorgte, daß wegen des Streitobjectes hinreichender Beweis vorhanden war. Ein solches oben erwähntes Ableugnen kam also wohl schwerlich jemals vor und würde jedenfalls ganz effectlos gewesen seyn [6]). Zudem war im seltenen Ausnahmsfalle über diesen Punct, so wie über alle übrigen von dem Magistrate und aus den bei ihm geführten Acten immer die nöthige Gewißheit zu erlangen.

Wir bedürfen aber der Uebereinstimmung der Parteien

---

4) Bestellung des sacramentum und der Cautionen in Ordnung zu bringen, war Sache des Magistrats und mußte also vom judex als geordnet vorausgesetzt werden. Vergl. auch *Danz* a. a. O. p. 63 sq.

5) *Danz* a. a. O. p. 64 sq.

6) Zimmern, RG Bd. III. § 41

und des Nachsehens der Acten oder Befragens des Magistrats im Nothfalle gar nicht, um uns wegen jener den judex interessirenden, in jure festgesetzten Puncte die Verhandlungen in judicio mit denen in jure verbunden zu denken, vielmehr liegt diese Verbindung viel einfacher und klarer vor.

Wenn nämlich nicht früher der von den Richtern zu leistende Eid [7]) von jedem einzelnen Richter in jedem einzelnen Falle in die Hände des das judicium anordnenden Magistrates abgelegt werden mußte und so ohnehin nöthig war, daß der judex vor dem Magistrate persönlich erschien, so veranlaßte ihn der Magistrat hierzu ohne Zweifel, um ihn bei Bekanntmachung der auf ihn gefallenen Wahl zugleich, so weit es nothwendig seyn mochte, über die Lage der betreffenden Sache zu instruiren, während dies später, wo die Formel wohl schriftlich ertheilt ward, vielleicht schon durch officielle Insinuation dieser abgemacht war [8]). So läßt sich die Verbindung zwischen den Verhandlungen in jure und in judicio ganz natürlich denken, ohne daß man die Hypothese Keller's zur Hand nimmt.

Möglicher Weise war sie noch natürlicher, wenn die judices bei den Verhandlungen in jure gegenwärtig waren. Doch soll Das, was wir dafür vorzubringen haben, nichts als eine beiläufig hingeworfene Vermuthung seyn. Vor Cäsar nämlich und wieder nach ihm finden sich drei ordines ju-

---

7) *Cic.* de off. II, ro. c. 13 C. de jud. (3, 1.)

8) Sonach scheint fast die Formel mit den ohne Zweifel schon bei weitem früheren Acten in einigem Zusammenhange zu stehen.

dicum [9]), welche noch später von Cicero [10]), ja, sogar noch von Quinctilian [11]), Plinius [12]) u. Sueton [13]) Decurien genannt werden. Nach diesem hiernach offenbar nicht zufälligen Ausdrucke scheint es fast, bestand ursprünglich die Zahl der judices in dreimal zehn, zusammen also in dreißig judices. Dann vertraten sie wohl, wie auch schon die Zahl andeutet, die Curiatcomitien bei den Verhandlungen in jure, so, wie wir bei Cicero finden [14]), daß die Curiatcomitien im Betreff der Auspicien, freilich nur mißbräuchlich, auch von dreißig Lictoren vertreten wurden. Aus der mißbräuchlichen Vertretung auf eine gleiche nicht mißbräuchliche, nach Analogie Dessen, was wir bei anderen Völkern finden [15]), auch bei den Römern für die frühere Zeit zu schließen, liegt um so weniger fern, als sie nach der Könige Vertreibung gewiß eifersüchtig über die Magistrate wachten, denen sie die höchste Gewalt anvertrauten. Hätte jene Vertretung aber statt gehabt, so würde jeder für die einzelne Sache gewählte judex natürlich sofort auf das vollständigste für diese instruirt gewesen seyn. Daß später bei wachsender Volkszahl die Zahl

---

9) Cäsar hob den einen von den drei ordines auf (*Suet.* Jul. 41), welcher aber bald nach seinem Tode wieder hergestellt ward. (*Cic.* Philipp. I, 8. V, 5.) Später blieb es freilich nicht bei den drei ordines. (*Suet.* Octav. 32. Calig. 16. Galb. 14.), was übrigens natürlich auf unsere Untersuchung keinen Einfluß hat.

10) *Cic.* a. a. O. I, 8.

11) *Quinct.* I. O. IV, 2. §. 45.

12) *Plin.* H. N. XXXIII. 7 und 8.

13) *Suet.* Octav. 29 und die in vorletzter Note citirte Stelle.

14) *Cic.* Agrar. II, 12. Vergl. auch §. 4 a. E.

15) Vergl. u. a. Eichhorn, Deut. St. und R. Gesch. §. 75.

der Richter bald auf eine viel größere steigen mußte[16]), war klar und beweist nicht gegen uns. Eben so wenig, daß später, wo die Instruction in der schriftlichen Formel lag, die Gegenwart des judex bei den Verhandlungen in jure nicht nöthig war[17]). Als für die Vermuthung sprechend könnte noch angesehen werden, daß lange noch dreihundert judices vorkommen[18]), eine Zahl, in welcher auch die Drei — die drei Tribus bedeutend — aufgeht, ingleichen, daß ursprünglich die judices nur aus den Senatoren, erst später auch aus der plebs gewählt wurden[19]).

Wäre die Verbindung zwischen dem Verfahren in jure und dem in judicio auf die gedachte Art nicht so natürlich wie nothwendig, so könnte auf den ersten Anblick die Ansicht Keller's durch Folgendes vornämlich bestätigt zu werden scheinen. Das judicium begann jedesmal mit einer kürzlichen Auseinandersetzung der Sache[20]). Wäre diese ein Resumé der Vorgänge in jure, abgesehen von den feierlichen Worten bei der legis actio, gewesen, so könnte man sich vorstellen, es hätte jedesmal das dem Rechtsstreite zu Grunde liegende factische Verhältniß in jure auseinandergesetzt werden müssen und es sey nothwendig gewesen, durch

---

16) z. B. *L. Servil.* c. 6. *Cic.* ad Attic. VIII, 16. *Ascon.* in Scaur. (nach der Orellischen Ausgabe) pag. 21 und 30. Ders. in Milon. pag. 40. Ders. in Cornel. pag. 79 etc.

17) fr. 39. pr. D. de judic. (5, 1.)

18) *Plut.* C. Gracch. c. 5., wornach C. Gracchus eine Lex durchsetzte, nach welcher den 300 senatorischen judices noch 300 aus den Rittern beigegeben wurden. *Cic.* ad famil. VIII, 8.

19) *Plut.* a. a. O. *Polyb.* Hist. VI, 17. *Plaut.* Rud. III, 4. v. 7. u. 8.

20) *Gaj.* IV, 15.

die Litiscontestationszeugen die Identität dieser Auseinandersetzung und der causae collectio herzustellen. Darauf, daß dies so gewesen sey, könnte auch noch der Umstand hinzuweisen scheinen, daß in den bei der Vindicatio vorkommenden formellen Worten Rückweisungen auf eine solche Auseinandersetzung anscheinend sich vorfinden [21]). Allein die Rückweisung auf einen schon gehaltenen Vortrag deutet keineswegs nothwendig darauf, daß von dem Kläger bereits das Rechtsverhältniß zu der zu vindicirenden Sache speciell, etwa mit Anführung der factischen Unterlagen des Rechts, herausgestellt worden wäre. Denn wenn auch das Vindiciren einer Sache secundum suam causam wohl allerdings auf den Titel deutet, aus dem man sie vindicirt [22]), so liegt doch darin, daß der Kläger erklärt, er vindicire sie secundam suam causam, nicht, daß er sich bereits über den Titel seines Eigenthums ausgesprochen, oder daß er gar die factischen Verhältnisse, aus denen er den Erwerb eines Titels folgert, detaillirt habe, vielmehr kann in dieser Erklärung eben so gut lediglich ein Hinweisen auf die Umstände liegen, welche er in judicio zur Begründung seines Rechts vorbringen werde. Diese Deutung hindern auch die Worte sicut dixi, welche nach Gajus der Vindicant sprach, nicht. Klar ist nämlich so viel, daß die Parteien, ehe sie durch die feierlichen Worte lege agirten, schon vor dem Magistrate erschienen waren [23]). Dabei mußte na-

21) *Gaj.* IV, 16.: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, secundum suam causam, sicut dixi."

22) Wie z. B. im fr. 11 §. 4. fr. 14 §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2.) fr. 46 D. de acq. rer. dom. (41, 1)

23) Auf *Gaj.* IV, 15. kann man sich zu dem Ende weniger berufen, weil seine Darstellung zu lückenhaft und dadurch nicht überall klar ist; allein daß nicht sogleich bei dem ersten durch in jus vo-

türlich der Kläger seinen Anspruch bezeichnen, den er dann, wenn die Identität der Sache außer Zweifel gesetzt worden war, mit Hinweisung auf diese und auf Das, was er schon vorher vorgetragen hatte, — sicut dixi — wiederholte, wenn das lege agiren vor sich ging. Obwohl nun dabei die Möglichkeit nicht zu leugnen ist, daß er bei dem ersten Erscheinen vor dem Prätor seine Rechtsverhältnisse specieller detaillirt hatte, so braucht man dieses doch nicht nothwendig anzunehmen, vielmehr konnte der Vindicant dabei eben so allgemein, wie später bei dem lege Agiren sich ausgedrückt haben und die Worte bei dem späteren Acte bleiben uns eben so klar, wie in dem anderen Falle. Dann hat man die causae collectio aber auch nicht nothwendig als Resumé aus dem Verfahren in jure aufzufassen, welche Vorstellung sich uns leicht aufdringt, weil bei uns das processualische Verfahren so beschaffen ist, daß die Parteien mit dem Beginne des Processes die factischen Grundlagen ihrer Berechtigungen herausstellen müssen; denn in dem Ausdrucke causae collectio liegt dies nicht, vielmehr kann seinetwegen und nach der ganzen weiteren Darstellung des Gajus[24]) sehr wohl angenommen werden, daß erst in judicio eine Auseinandersetzung der dem beanspruchten Rechte zu Grunde liegenden Thatsachen erfolgte, ja, jedenfalls gehört sie mit Nothwendigkeit erst hierher, wo Beweis über die facta zu führen war, und nicht in einen früheren Proceßabschnitt. Wie wir schon früher im Vorübergehen bemerkten[25]), scheint

---

catio bewirkten Erscheinen vor dem Prätor lege agirt werden konnte, ist ganz klar, schon weil das Object nicht sogleich bei der Hand war.

24) *Gaj.* IV, 15.

25) Vergl. §. 6 Note 18.

sogar nicht wahrscheinlich, daß sie in diesem vorkam, weil bei den Legisactionen die ganze Einleitung des Processes rein formell war, und gewiß lag wenigstens auf alle Dem, was bei der Einleitung etwa außer den bestimmten Formen von den Parteien hie und da noch vorgebracht werden mochte, kein entscheidender Werth, alle solche Expectorationen waren, wenn auch vielleicht nicht überall geradezu überflüssig, doch sicher außerwesentlich, d. h. sie übten keinen Einfluß auf das weitere Verfahren und die Entscheidung der Sache.

Bei der rei vindicatio namentlich wurde noch später im Formularprocesse blos rem meam esse geklagt [26]), eben so geschworen [27]) und die causa ausdrücklich mit einem Beweismittel verglichen [28]), indem gesagt ist, daß Jemand in einem Vindicationsprocesse der exceptio rei judicatae so wenig dadurch entgehen könne, daß er sich auf einen anderen Erwerbgrund als in dem früheren Processe stützt, als dadurch, daß er neue Beweismittel producirt [29]). Dann konnte mit der causa gewiß eben so gut wie mit den Beweismitteln bis zur endlichen Entscheidung des Processes gewechselt werden. Und das konnte sich in dem höchst formellen Legisactionenprocesse natürlich noch viel weniger anders verhalten.

War es aber so in dem Vindicationsprocesse, so muß es sicher auch für den Sacramentalproceß überhaupt ange-

26) fr. 14. §. 2 D. de exc. rei jud. (44, 2.) Dazu Puchta im Rhein. Mus. Bd. II. S. 251 fgg., Bd. III. S. 467 fgg., der meiner Ansicht nach vollständig dargethan hat, daß die Stelle nicht so, wie sie gewöhnlich seit der Glosse genommen ward, verstanden werden kann.

27) fr. 9 §. 7. fr. 11. fr. 12 pr. §. 1 D. de jurejur. (12, 2.)

28) fr. 27. D. de exc. rei jud.

29) Vergl. auch Puchta a. a. O. Bd. II. S. 261 fg.

nommen werden, und von der **legis actio generalis** können wir auf die anderen Legisactionen schließen. Zudem wurde bei der Forderung eines **certum**, wo früher vornämlich die **legis actio per condictionem** statt hatte, noch später blos **dare oportere** intendirt[30]) und geschworen[31]), was sich ganz gut daraus erklärt, daß man bei einer solchen Forderung überhaupt deren Existenz nicht aus dem materiellen Rechte abnahm, sondern daß man sich dabei lediglich an die Uebereinstimmung zwischen dem Verlangen des Klägers und der eignen Erklärung des Beklagten hielt[32]). Auch deshalb dürfen wir bei der **legis actio per condictionem** sicher das Nämliche annehmen, wie bei der Vindication. So viel aber die **legis actio per judicis postulationem** betrifft, so stand es bei ihr sicher schon deshalb nicht anders, weil bei ihr Alles darauf abgesehen war, die Beurtheilung der Sache und ihres factischen Details dem durch die allgemeinen Gesetze und die **aequitas** geleiteten Ermessen des Richters zu überlassen[33]), so daß das letztere vor den Magistrat gar nicht gehören konnte.

Darnach dürfte überall bei den Legisactionen, so weit sie hierher gehören, sich die Ansicht rechtfertigen, daß bei ihnen entweder allenthalben eine weitere Detaillirung der dem fraglichen Rechte zu Grunde liegenden Verhältnisse nicht vorkam, oder daß, wenn sie vorkam, etwa um bei Vergleichsver-

30) Vergl. vornämlich Liebe, Stipulation §. 5.

31) fr. 13 §. 6. fr. 14 D. de jurejur. (12, 2.) Vergl. damit auch fr. 9 §. 1, 3, 5. D. eod.

32) Liebe a. a. O. Vorzüglich S. 13 fg.

33) *Dion. Hal.* IV, 25. verbunden mit IV, 13. Vergl. meine leg. act. sacr. S. 94 fgg., vorzüglich Note 163. Auch werden wir weiter unten darauf bei dem Gegensatze dieser legis actio gegen die legis actio sacramenti noch einmal zurückkommen.

handlungen eine Grundlage abzugeben, sie auf die Rechtssache keinen Einfluß übte. Dann bedurfte es aber auch natürlich zur Herstellung des Beweises der Identität jener Detaillirung und der **causae collectio** niemals Zeugen, selbst wenn dieser aus den Acten des Magistrats und durch den Magistrat selbst nicht hätte hergestellt werden können.

War nun im übrigen vollends, wie wir annahmen, die Litiscontestation nach jener in dem vorigen §. herausgehobenen Stelle des Gajus wenigstens in der ältesten Zeit weiter nichts, als das am Ende der Verhandlungen, **ordinato judicio**, statthabende gegenseitige Denunciiren, sich an dem peremtorisch für das **judicium** festgesetzten Termine bei dem **judex** zu treffen [34]), so wäre gar nicht abzusehen, zu welchem Ende die Zeugen mit **in judicio** hätten erscheinen sollen, da der Richter von diesem Tage doch nothwendig vorher schon legal in Kenntniß gesetzt seyn mußte und nach dem vorher Erörterten ohne Zweifel auch unterrichtet war. Dann erscheint aber vollends die Hypothese Keller's als ganz unwahrscheinlich.

Wenn wir aber dadurch mit höchster Wahrscheinlichkeit zu der Annahme geführt werden, die sich uns ohnedem schon früher als eine wohlbegründete darstellte, daß die Litiscontestationszeugen keine Beweiszeugen, sondern Feierlichkeitszeugen waren, so ist damit natürlich noch keineswegs entschie-

---

34) Man könnte meinen, es habe noch mehr als das wechselseitige Denunciiren des **comperendinus dies** zur Litiscontestation gehört; allein eine solche Meinung möchte deshalb unbegründet seyn, weil, wie bei Gajus, so bei Festus, die Litiscontestation unmittelbar nach Festsetzung des **judicium, ordinato judicio**, folgte und der Ausdruck **contestatio** sich dadurch zugleich sehr gut erklärt, daß nach der Stelle des Gajus die **denunciatio** oder, was dem ganz gleich ist, **testatio** eine wechselseitige war.

den, daß die Litiscontestation ein in die Mancipationsform eingekleideter Vertrag gewesen sey[35]), auf welchen Punct wir weiter unten zurückkommen werden.

§. 8.

Die in dem Corpus Juris vorkommenden Denunciationen und einige andere.

Wir würden nach diesen Untersuchungen der chronologischen Folge nach zunächst auf die **legis actio per condictionem** kommen. Da wir aber über diese bekanntlich nur ein ganz unbedeutendes Bruchstück besitzen[1]), so ist es nothwendig, wenn wir die Bedeutung jener **legis actio** kennen lernen wollen, nicht nur die früheren Denunciationen genauer beleuchtet zu haben, sondern auch die späteren, welche in unseren juristischen Quellen, vornämlich im **Corpus Juris**, vorkommen, genauer ins Auge zu fassen, zumal uns von diesen mehr erhalten ist, woraus wir das Wesen der Denunciation abnehmen zu können im Stande sind, um dadurch einen Rückschluß auf die gedachte besondere Art zu machen, von welcher die Eine **legis actio** ihren Namen trägt.

Zuvörderst ist zu bemerken, daß sämmtliche Denunciationen, die schon berührten, wie die noch zu berührenden, den Zweck haben, ein Rechtsverhältniß zwischen Zweien, auch wohl Mehreren, juristisch festzustellen. Namentlich sind die jetzt zu erwähnenden fast alle darauf berechnet, dem Denun-

35) Dagegen hat schon *Danz* a. a. O. pag. 66 sq. ganz einfach und richtig bemerkt, daß ja auch außer bei der Mancipation in dem römischen Rechte Feierlichkeitszeugen mehrfach vorkommen.

1) *Gaj.* IV. 18, 19 u. 20.

cianten einen rechtlichen Vortheil möglicher Weise zu erwerben, oder einen wenigstens möglichen Nachtheil, den Verlust eines Rechtes, von ihm abzuwenden, auch wohl beides zugleich zu erreichen.

Versuchen wir jetzt, um die Sache übersichtlicher zu machen, sie in Classen zusammen zu stellen. Besonders zahlreich ist

A. die Classe, wo der Denunciant durch Denunciation sich ein Recht erwirbt oder erhält, falls gegen den Inhalt derselben von dem Denunciaten Etwas werde unterlassen werden. Dahin gehören folgende Fälle.

1) Der Käufer denunciirt dem Verkäufer auf die geeignete Weise zur festgesetzten Zeit, daß er den Rest des Kaufpreises, den er bei sich hat, bezahlen wolle, um der vom letzteren bedungenen **lex commissoria** zu entgehen und den Verlust der arrha zu vermeiden [2]).

2) Der Verkäufer denunciirt in dem in dem Gesetze unterstellten Falle, weil die Erbin des Käufers noch nicht mündig ist, deren Vormündern, den Kaufpreis zu zahlen, um nicht in die bedungene **lex commissoria** zu verfallen [3]).

3) Der Mündel kann zwar auf Rechnungsablegung zu klagen nicht gezwungen werden; allein der Vormund kann, um sich gegen Calumnie sicher zu stellen und namentlich

---

2) fr. ult. D. de leg. comm. (18, 3.)

3) fr. 38. pr. D. de minorib. (4, 4.) Natürlich macht es keinen Unterschied, daß hier den Vormündern denunciirt wird, die ihre Mündel überall rechtlich zu vertreten haben. Wie ihnen denunciirt wird, so können sie auch für die Mündel denunciiren. c. 18 C. de admin. tut. (5, 37.) Das saepe Denunciiren heißt wohl nichts als eine besonders feierliche dreimal wiederholte Denunciation. Vgl. Note 8 u. 9. ingl. §. 12. Nr. 1.

den Zinsenlauf zu hemmen, wenn er dem Mündel Etwas schuldet, ihn wiederholt durch Denunciation zur Klage provociren und seine Willensmeinung, wenn jener böslich zögert, in Acten bei dem Präses niederlegen [4]).

4) Der Pfandschuldner denunciirt dem Pfandgläubiger, der die Zahlungsannahme verweigert, daß er zahlen wolle, und deponirt die Schuld, wenn der Gläubiger ferner das Geld nicht annimmt, um dadurch den Verkauf des Pfandes ungültig zu machen und den Zinsenlauf zu hemmen [5]).

5) Auch der Pfandgläubiger oder dessen Vormund kann, wenn nicht bezahlt wird und über den Verkauf nichts vertragsmäßig festgesetzt ist, dem Pfandschuldner denunciiren, damit dieser das Faustpfand oder die Hypothek einlöse und er, der Gläubiger, wenn dies nicht geschieht, sodann zwei Jahre nach der Denunciation ungehindert verkaufen könne [6]). Wären aber wegen des Verkaufes rücksichtlich der Zeit oder sonst vertragsmäßige Bestimmungen vorhanden, so würde es nach diesen gehen [7]).

4) c. 4 C. de usur. pup. (5, 56.)

5) c. 8. C. de distract. pign. (8, 28.) c. 2. C. debit. vendit. pign. (8, 29) c. 19 C. de usur. (4, 32.)

6) c. 18 C. de admin. tut. (5, 37.) c. 4 C. de distr. pignor. (8, 28.) Nach der letzten Stelle ist übrigens eine förmliche Denunciation keine absolut nothwendige Form. Zur Noth reichte ein bloßes in Kenntniß setzen aus. c. 3 §. 1. C. de jur. domin. impetr. (8, 34.) Früher mußte in dem oben gedachten Falle dreimal denunciirt werden. *Paul.* R. S. II, 5 §. 1. Daraus erklärt sich c. 10 C. de pign. et hyp. (8, 14). Verkaufte der Creditor ohne Denunciation, so ward er als Dieb angesehen. fr. 73 D. de furt. (47, 2.)

7) Vergl. die in voriger Note zuletzt angezogene Stelle.

6) Selbst wenn bei Hingabe des Pfands bedungen ward, das Pfand nicht zu verkaufen, kann der Pfandgläubiger es dennoch zu einer gültigen Veräußerung bringen, wenn er dreimal, daß er verkaufen wolle, denunciirt. Beobachtet er das aber nicht, so wird er als Dieb behandelt [8]). Schon in der älteren Zeit konnte unter gleichen Verhältnissen die fiducia nur unter Beobachtung der nämlichen Form verkauft werden [9]).

7) Aber auch wenn nach Befinden der Umstände der Pfandgläubiger das Eigenthum an der verpfändeten Sache erwerben will, muß er nach Verlauf zweier Jahre nach geschehener Denunciation von neuem denunciiren, oder es durch den Richter dem Schuldner bekannt machen, damit dieser einlösen kann, sonst steht demselben auch nach der hierzu bestimmten Frist dies Recht zu [10]).

8) Der Emphyteuta denunciirt dem Emphyteutherren, mit welchem kein besonderer Vertrag über den Verkauf der Emphyteuse geschlossen ist, nach welchem sonst die Sache zu beurtheilen seyn würde, was er von einem Dritten für die Emphyteuse und die darauf gemachten Verbesserungen erhalten kann, um denselben zu bestimmen, ihm

8) fr. 4 D. de pign. act. (13, 7.) Hier liegt einer von den Fällen vor, wo der Denunciant zugleich ein Recht erwirbt und einen rechtlichen Nachtheil von sich abwendet.

9) *Paul.* R. S. II, 13. §. 5. Es läßt sich im Vergleiche dieser Stelle mit der Stelle in voriger Note wohl nicht bezweifeln, daß der Ausdruck solenniter auf das dreimalige Denunciiren zu beziehen ist. Uebrigens ist hier überall der Unterschied nicht außer Acht zu lassen, welcher zwischen der fiducia und dem pignus bestand. Vergl. *Carol. Sell,* De jur. rom. nexo et mancip. §. 4. pag. 59–67.

10) c. 3. §. 2. C. de jure domin. impetr. (8, 34.)

das Nämliche zu geben, oder um entgegengesetzten Falls veräußern zu können, ohne daß der Herr consentirt [11]).

9) Um den Schuldner, der zur bestimmten Zeit zu leisten versprochen hat, sogleich in moram zu versetzen, wenn man ihn selbst, zum Beispiel wegen Abwesenheit, nicht mahnen kann, denunciirt man ihm, oder seinem Sclaven, oder auch wohl blos ad domum, wovon später mehr zu sagen ist. Nur ist dann nothwendig, den Schuldner selbst auch sogleich, wenn man seiner habhaft wird, gerichtlich anzugehen [12]).

10) Wenn zwei Miterben ein Grundstück gemeinschaftlich behalten und ausmachen, wer seinen Theil verkaufen wolle, solle ihn dem anderen Miterben oder dessen Nachfolger um einen bestimmten Preis lassen, oder, wenn er dem nicht nachkommen würde, eine bestimmte Strafe bezahlen, so kann der Erbe den anderen Interessenten durch wiederholte Denunciation, entweder nach der Uebereinkunft zu kaufen oder zu verkaufen, zwingen, der Denunciation nachzukommen, wenn er nicht will, daß der Denunciant straflos an einen Dritten verkauft [13]).

11) Verkauft Jemand einen Sclaven unter der Bedingung, daß der Käufer ihn in ein anderes Gebiet schaffe, und behält sich für den entgegengesetzten Fall manus in-

11) c. 3. C. de jure emphyt. (4, 66)

12) fr. 32. §. 1. D. de usur. (22, 1.) fr. 2. D. de naut. foenore. (22, 2.) Vergl. auch §. 14. unten.

13) fr. 122. §. 3. D. de V. O. (45, 1.) Das öftere Testiren geht auf ein dreifaches Denunciiren. Vergl. Note 3, 8. u. 9., auch §. 12. Nr. 1.

jectio vor, so geschieht dieser Vorbehalt öfter durch Denunciation, um bei einem betreffenden Vertragsbruche der manus injectio desto sicherer zu seyn [14]).

12) Wer einen fremden Sclaven besitzt und den Herren desselben zur Zahlung des auf jenen Verwendeten mittelst Denunciation auffordert, natürlich auch zur Rückgabe bereit ist, der erwirbt, wenn der Herr der Denunciation nicht nachkommt und später den Sclaven doch vindicirt, einen Anspruch auf Erstattung der Kosten, welche er für dessen Unterricht nach der Denunciation anwandte und die er außerdem nicht fordern konnte [15]).

13) Der Verkäufer von Wein kann, wenn der bestimmte Tag das Kaufobject abzumessen gekommen ist, dem Käufer denunciiren, er möge den Wein abholen, und kann ihn, wenn dieser der Denunciation nicht nachkommt, sodann weggießen, um seine Gefäße ledig zu bekommen [16]).

14) Die in zu viel verurtheilten Bürgen, welche davon Kenntniß haben, müssen Appellation gegen die Sentenz ergreifen, wenn sie nicht zu arm sind, um dies thun zu können, sonst steht ihrer actio mandati gegen den Hauptschuldner von Seiten dieses die exceptio doli entgegen. Von dieser Verpflichtung können sie sich

---

14) c. 1. C. si serv. export. ven. (4, 55.) Nothwendig war dann aber die Denunciation hier nicht, wie es scheint. c. 2. C. eod.

15) fr. 27. §. 5. fr. 28, 29, 30. D. de R. V. (6, 1.) *Cujac.* Obs. IX, 38.

16) fr. 1. §. 3. D. de peric. et commod. (18, 6.)

durch Denunciation des Geschehenen an den Hauptschuldner befreien [17]).

15) Wer von dem Anderen für einen Gegenstand schadlos gehalten werden muß, wenn dieser ihm entwährt wird, denunciirt dem Verpflichteten, wenn der Entwährungsproceß begonnen hat, zeitig **litem**, um sich sein Regreßrecht zu erhalten [18]).

16) Wenn ein **extraneus** den nächsten Testaments- oder Intestaterben schriftlich denunciirt, daß ihr Erblasser wahnsinnig sey, und sie sich daher seiner annehmen möchten, der gewinnt, wenn die Denunciaten sich des Erblassers dennoch nicht annehmen, falls er diesen zu sich nimmt und verpflegt, die Erbschaft desselben [19]).

17) Wird der wahnsinnige Verwandte wieder gesund, so gewinnt dieser durch Denunciation das Recht, die Notherben zu enterben, wenn die Denunciation von den Denunciaten unbeachtet gelassen ward [20]).

Es ist wohl nichts Besonderes, daß hier die Denunciation des **extraneus** auch für den Wahnsinnigen selbst wirkt. Wahrscheinlich sah man es so an, als wenn der Erstere den Letzteren verträte.

18) Falls ein dem Mündel angefallenes Gebäude baufällig ist, so soll es doch wo möglich demselben erhalten werden. Um den Vormund dazu zu zwingen, soll eine Denunciation mit Zuziehung vieler Zeugen und in Gegenwart des baufälligen

---

17) fr. 8. §. 8. D. mandati. (17, 1.)

18) fr. 29. §. 2. fr. 53. §. 1. fr. 55. §. 1. fr. 56. §. 5. D. de evict. (21, 2.) c. 8. C. eod. (8, 45.) fr. 29. §. 3. D. de leg. III. (32.)

19) Nov. 115. c. 3. §. 12.

20) Die in voriger Note angezeigte Stelle.

Gebäudes angewandt werden [21]). Kommt der Vormund der Denunciation nicht nach, so ist er natürlich verantwortlich.

19) Ist ein Minor abwesend und wird während der Zeit in Klage genommen, so darf nur gegen denselben als einen indefensus verfahren werden, wenn der Kläger zuvor durch förmliche Denunciation des Abwesenden Freunde aufforderte, die Vertheidigung zu übernehmen und sich dennoch Niemand dazu verstehen wollte [22]).

20) Hierher gehört auch wohl der Fall, wo der Herr der Sclavin von der Amme für deren Kind zur Alimentation durch Denunciation aufgefordert wird, so fern, wenn der Herr nicht alimentiren will, wohl wenigstens eine bestimmte Erklärung von ihm erlangt werden soll, welche ihn rechtlich bindet [23]).

In dem vorliegenden Falle wird dann auch eine solche erreicht. Die Amme ist dabei wohl auch als Vertreterin des Kindes anzusehen.

21) Ein Erbe, welcher die falcidische Quart abzuziehen hat, kann sich bei Leistung eines untheilbaren Legates dadurch gegen den Legatar helfen, daß er ihm nach geschehener Taxation des Legats denunciirt, den zur Erfüllung der Quart erforderlichen Theil von der Taxe einzuzahlen, und daß er, wenn dies nicht geschieht, gegen die Klage des Denunciaten die exceptio doli erwirbt [24]).

---

21) c. 22. §. 6. C. de admin. tut. (5, 37.) Vrgl. §. 4. Note 5. Auch hier liegt ein ähnlicher Fall vor, wie bei der vorhergehenden Denunciation. Auch hier haben wir nämlich nicht anzunehmen, daß der Mündel selbst denunciirte, der, da er dazu nicht fähig war, von anderen Dritten vertreten werden mußte.

22) fr. 22. pr. D. ex quib. caus. min. (4, 6.)

23) fr. 8. D. pro derel. (41, 7.)

24) fr. 80. §. 1. D. ad L. Falc (35, 2.)

B. Fast eben so reich als die eben aufgeführte ist eine andere Classe, wo der Denunciant durch die Denunciation sich Rechte erwirbt oder erhält, falls gegen den Inhalt der Denunciation von dem Denunciaten Etwas gethan wird. Für diese ergeben sich folgende Fälle.

1) Wenn die Creditoren Jemandes einem Dritten, der von dem Schuldner Etwas zu kaufen im Begriffe steht, denunciiren, daß er nicht kaufen solle, und er thut es dennoch, so entsteht für die Denuncianten gegen den Denunciaten eine actio in factum, nämlich die Pauliana, weil, wenn er selbst vorher ohne betrügliche Absicht war, er durch die Denunciation in dolo sich befindet[25]).

2) Auf gleiche Weise wird für den Käufer eines Grundstückes mala fides und Verpflichtung zur Restitution des gekauften Grundstückes mit den Früchten erzeugt, wenn ihm der Eigenthümer desselben denunciirt, daß er, nicht aber der Verkäufer des Grundstückes, Eigenthümer desselben sey und Denunciat es daher nicht kaufen möge[26]).

3) Der dominus kann durch Denunciation Denjenigen, welcher sich in seine negotia einmischte, hindern, daß er dies thue, und vernichtet dadurch, selbst wenn die Geschäfte utiliter gerirt wurden, jede Klage des Geschäftsführers gegen sich, den Geschäftsherren, rücksichtlich aller nach der Denunciation noch geführten Geschäfte[27]).

---

25) fr. 10. §. 3. D. quae in fraudem cred. (42, 8.)

26) c. 17. C. de R. V. (3, 32.) c. 2. C. debit. vendit. pign. (8, 29.)

27) c. 24. C. de neg. gest. (2, 19.)

4) So lange keine Novation in den Schuldverhältnissen eingetreten ist, kann der Gläubiger die Erlaubniß, daß der Schuldner an einen Dritten zahlen solle, durch Denunciation zurücknehmen[28]). Zahlt der Schuldner dennoch, so bleibt er natürlich, wenigstens so weit, als der Denunciant durch Nichtbeachtung der Denunciation Etwas verliert, verhaftet.

5) Wer einen Sclaven zum Institor setzte, konnte durch Denunciation die Befugniß Anderer, dem Sclaven zu creditiren, zurücknehmen. Creditiren sie ihm dennoch, so ist er durch eine Exceptio gedeckt[29]).

6) Der überschuldete Erbe, welcher die trebellianische Quart nicht retinirte, kann den Erbschaftsschuldnern denunciiren, dem Fideicommißerben nicht zu zahlen[30]), wodurch, wie sich von selbst versteht, bewirkt wird, daß, wenn die Denunciaten dennoch zahlen, sie dem Denuncianten wenigstens in so weit verhaftet bleiben, als er durch Nichtbeachtung der Denunciation Schaden leidet.

7) Der Fiscus kann dem Käufer eines Grundstückes denunciiren, das Kaufgeld nicht eher an den Verkäufer zu bezahlen, als bis der Fiscus von diesem befriedigt worden seyn würde[31]). Es versteht sich, daß dies bindende Kraft hat und der Käufer nun wirklich nicht zahlen darf, wenn er sich, falls der Fiscus nicht befriedigt wird, nicht aussetzen will, nochmals wenigstens

---

28) fr. 106. D. de solut. (46, 3.)

29) fr. 17. §. 4. D. de instit. act. (14, 3.)

30) fr. 21. D. ad Sct. Trebell. (36, 1.)

31) fr. ult. D. ad Leg. Commiss. (18, 3.)

in so weit zu zahlen, als er dies nach Nr. 4 und 5 mußte.

8) Ganz auf gleiche Weise kann auch jeder Andere, der rechtliche Ansprüche an den Deponens hat, versteht sich mit gleicher Wirkung, dem Depositar schriftlich denunciiren, das Depositum nicht an den Deponens zu restituiren, und es kann dieser die Restitution dann nur noch durchsetzen, wenn sichere Caution von ihm bestellt wird, den Depositar zu vertreten [32]).

9) Außerdem kommt auch vor, daß auf gleiche Weise dem Miether und Dem, welcher gegen Anweisung Getraide aus einem Magazine an Jemanden verabfolgen soll, von dem Gläubiger des Vermiethers oder Dessen, der das Getraide erhalten soll, denunciirt werden kann, Miethgeld oder Getraide nicht zu verabfolgen [33]). Das in der letzten Note angeführte Gesetz hebt dies auch keineswegs auf, droht vielmehr nur dem Denuncianten Nachtheile. Gerade darin liegt eine Bestätigung der bindenden Kraft solcher Arreste.

---

32) c. 11. §. 1. C. depos. v. contra. (4, 34.)

33) Nov. 88. Diese Fälle und die unter Nr. 6 und 7 sind offenbar nichts, als gelegte Arreste. Daß dergleichen auch eben so gut durch das Gericht, wie durch Denunciation, gelegt werden konnten, leidet keinen Zweifel, da gerichtliche Verkündigung und Denunciation später wenigstens einander gleich standen, wie wir weiter unten noch sehen werden. Selbst die ganz natürliche Bestimmung, daß der Impetrat sich durch Caution von der Wirkung der Denunciation befreien kann, erinnert sogleich an die Bestimmung des R. A. v. 1570 tit. 84., wornach auch Der von dem gelegten Arreste sich frei machen kann, welcher eine Cautio judicio sisti und judicatum solvi macht.

10) Der Arbiter, welcher einer Partei offenbar Feind ist und den Niemand dazu drängt, kann durch die Partei, der er feindlich ist, mittelst Denunciation abgehalten werden, eine Sentenz zu sprechen. Spricht er dennoch, so steht die exceptio doli dem Anspruche entgegen [34]), welcher auf den Spruch gegründet wird, d. h. die Handlung des Denunciaten soll wirkungslos gemacht werden.

11) Wenn eine Freie mit einem Sclaven unehrbaren Umgang hat, so kann der Herr des Sclaven ihr dreimal mit sieben Zeugen denunciiren. Kommt sie dann der Denunciation nicht nach, so wird sie dem Denuncianten von dem Magistrate als Sclavin zugesprochen [35]).

12) Wer nach dreimaliger schriftlicher Denunciation, welche das Zeugniß glaubwürdiger Männer hat, an Den, der mit der Ehefrau des Denuncianten bedenklichen Umgang pflegt, den Denunciaten in dem eigenen, der Frau, oder des Denunciaten Hause, in der Garküche oder Vorstadt trifft, der darf ihn tödten. Trifft er ihn aber an einem anderen Orte mit der Frau im Gespräche, so liefert er ihn, unter Zuziehung dreier glaubwürdiger Zeugen, an den Criminalmagistrat, der den Denunciaten dann ohne weiteres als Ehebrecher straft. Trifft er ihn in der Kirche im Gespräche mit

---

34) fr. 32. §. 14. D. de recep. arbitr. (4, 8.)

35) *Paul.* R. S. II, 21 A. C. Th. tit. ad Sct. Claud. (4, 9.) C. J. tit. de Sct. Claud. toll. (7, 24.) *Theoph.* Paraphr. de succ. subl. (3, 13.) Aus der letzten Stelle ergibt sich, daß mit sieben Zeugen denunciirt wurde und zwar dreimal.

der Frau, so überliefert er ihn dem Defensor der Kirche oder den Clerikern, welche ihn auf Requisition an die weltliche Behörde ausliefern, wo er dann ebenfalls allein auf den Grund der drei Denunciationen als Ehebrecher gestraft wird [36]).

13) Der Sclav, den Jemand mit seinem, des Sclaven, Gelde loskaufte, kann gegen Den, welcher ihn loskaufte und nicht frei gibt, klagen, wobei ihm aber denunciirt werden kann, daß, falls er nicht durchbringen würde, er in opus metalli werde abgeliefert werden [37]).

14) Hierher gehört auch die Denunciation, welche der beleidigte Ehemann der Ehebrecherin zugehen läßt, um zu bewirken, daß sie sich nicht wieder verheirathet, weil sie sonst nicht eher des adulterii angeklagt werden kann, als zuvor ihr zweiter Ehemann angeschuldigt ist. Verheirathet sie sich dennoch, so kann sie dann doch zuerst wegen des Ehebruches accusirt werden [38]).

15) Endlich kann der Erbe, welchem die bonorum possessio contra tabulas zusteht, dem anderen Erben, dessen portio virilis gedeckt ist, unter dem Versprechen, daß ihm diese sicher bleiben solle, denunciiren, die Erbschaft nicht anzutreten, damit durch diesen Antritt nicht das Freiwerden von Sclaven der Erbschaft zum Nachtheil erfolge. Tritt dann der Denunciat dennoch die Erbschaft an, so ist er dem Denuncianten wegen des durch

---

36) Nov. 117. c. 15. pr. §. 1. Vergl. mit *Paul.* R. S. II. 26. Vorzüglich §. 3. und ferner fr. 27. D. depos. (16, 3.)

37) fr. 5. pr. D. de manumiss. (40, 1.)

38) fr. 2. pr. fr. 5. fr. 16. fr. 39. §. 3 und 6. D. ad L. Jul. adult. (48, 5.)

das Freiwerden der Sclaven erzeugten Nachtheils verhaftet und kann mit der actio doli belangt werden [39]).

§. 9.

Fortsetzung.

Eine weitere Classe ist

C. diejenige, wo der Denunciant bei einem von seiner Willkühr unabhängigen, in irgend einer Beziehung wenigstens möglicher Weise auf ihn einwirkenden Ereignisse, oder vorhandenen Umständen durch eine Denunciation sich einem rechtlichen Nachtheile entziehen, auch wohl einen rechtlichen Vortheil erwerben will, was Beides unerreicht bleiben würde, wenn er bei jenem Ereignisse schwiege, sich unthätig benähme. Dahin gehören folgende Fälle:

1) Der Vater, dessen Sohn Decurio geworden ist, muß seinen diesem Ereignisse entgegenstehenden Willen förmlich denunciiren, wenn er vermeiden will, für einwilligend geachtet zu werden [1]) und für den Sohn in Folge dessen haften zu müssen [2]).

2) Wenn der Haussohn in Abwesenheit des Vaters gleichsam in dessen Auftrage Geld aufnimmt, so muß der in der Provinz sich aufhaltende Vater, auf welchen der Sohn angewiesen hat, so wie er dieses erfährt, seinen der Handlung seines Sohnes entgegenstehenden Willen denunciiren, sonst wird er als einwilligend be-

---

39) fr. 8. §. 3. D. de leg. praest. (37, 5.)

1) fr. 7. §. 3. D. de decur. (50, 2.)

2) fr. 5. §. 4. D. eod.

trachtet und verliert dann natürlich die exceptio Senatusconsulti Macedoniani [3]).

3) Der Vater kann durch die actio tributoria in Anspruch genommen werden, wenn er auch nur von der Handlungsweise seines Sohnes Kenntniß hat und schweigt. Gegen die aus solcher patientia entspringende Klage gegen ihn kann er sich durch eine Denunciation decken, durch welche er seinen der Handlungsweise seines Sohnes entgegenstehenden Willen darlegt [4]).

4) Wem durch Decret bekannt geworden ist, daß er als Vormund Jemandes erwählt sey, der muß, wenn er sich excusiren will, innerhalb funfzig Tagen von Bekanntmachung des Ernennungsdecrets an unter Heraussetzung seiner Excusationsgründe Dem, welcher ihn sich als Vormund erbat, denunciiren [5]).

5) Hatte der Vormund Mündelgelder zu verleihen, und es bot sich keine Gelegenheit dazu, so mußte er dies mittelst Denunciation wohl schriftlich öffentlich bekannt machen, um dadurch Gelegenheit zu finden, und mußte, fand er dennoch keine, die schriftliche Denunciation bei dem Präses deponiren. Dadurch befreite er sich von den sonst von ihm bekanntlich zu zahlenden Zinsen [6]).

Ob später noch dieses Verfahren nothwendig vom

---

3) fr. 16. D. ad Sct. Maced. (14, 6.)

4) fr. 1. §. 3. D. de tribut. act. (14, 4.)

5) fr. 13. §. 8 und 10. fr. 38. D. de excus. (27, 1.) Fragm. Vatic. §. 156 u. 167. Nach §. 156 wurde dem zum Vormunde Erwählten auch das Decret denunciirt, wenn er nicht testamento datus war.

6) *Paul.* R. S. II, 14, §. 6.

Vormunde zu beobachten war, um sich von Zinsen frei zu machen, ist zweifelhaft [7]).

6) Wem die exceptio non numeratae pecuniae zusteht, der kann sich diese über die zwei Jahre hinaus für immer durch schriftliche Denunciationen erhalten, welche er vor Ablauf der zwei Jahre dem Inhaber der Urkunde zustellt und wodurch er diesem bekannt macht, daß ihm, dem Aussteller der Urkunde, die querela non numeratae pecuniae zustehe. Bei Abwesenheit des Inhabers der Urkunde von dem Orte, wo der Contract geschlossen ward, konnte er zu demselben Ende in Constantinopel dies bei jedem ordentlichen Richter, in der Provinz bei dem Rector oder Defensor thun. War der Gläubiger zwar praesens, führte aber in Constantinopel oder in der Provinz eine Verwaltung, so daß ihm zu denunciiren schwierig war, so konnte der Aussteller der Urkunde in dem ersteren Falle jeden Richter in der Hauptstadt, in dem letzteren jeden in der Provinz auf gleiche Weise angehen und dem Inhaber des Darlehnsinstrumentes durch ihn dieses bekannt machen lassen. Fehlte jede Civil- und Militairbehörde, oder waren sie schwierig anzugehen, so konnte man sich auch an den Bischof wenden und durch ihn das Nöthige vornehmen lassen [8]).

---

7) c. 3. C. de usur. pup. (5, 56.)

8) c. 14. §. 4. C. de non num. pec. (4, 30.) Es bedurfte hier mehrerer, also gewiß wenigstens dreier schriftlicher Denunciationen.

7) Dasselbe gilt wohl ohne Zweifel von dem Aussteller von Quittungen innerhalb dreißig Tagen [9]), ingleichen
8) von der **exceptio non numeratae dotis** innerhalb der bekannten Zeiten [10]).
9) Die Verjährung, so wie die Ersitzung, kann in dem Falle, daß ein Hinderniß in der Person des zu Belangenden die Proceßeinleitung in gewöhnlicher Weise und dadurch die Unterbrechung des Laufes der einen von ihnen früher oder später unmöglich macht, bekanntlich mittelst Ueberreichung eines **libellus conventionis** und der Erklärung, dessen Inhalt rechtshängig machen zu wollen, von Demjenigen unterbrochen werden, der sonst den Nachtheil leidet. Statt dessen reicht im Nothfall eine von drei männlichen Zeugen unterschriebene Denunciation hin [11]).
10) Wenn sich die Frau nach des Mannes Tode schwanger befindet, so muß sie den nächsten Erben desselben, nicht auch deren Substituten, wiederholt dieses denunciiren, damit sie Vorsichtsmaaßregeln, um nicht hintergangen zu werden, zu treffen vermögen; außerdem bekommt der **partus**, falls das Denunciiren nicht blos aus Rusticität versäumt ist, nicht **bonorum possessio** [12]).
11) Nach eingetretener Ehescheidung muß die Frau, welche schwanger zu seyn glaubt, innerhalb dreißig Tagen dem geschiedenen Ehemanne, oder Dem, in dessen väterlicher Gewalt er steht, ihren vermeintlichen Zustand, nicht

---

9) c. 14. §. 2. C. eod.
10) c. 14. §. 4. C. eod. Nov. 100. cap. 1.
11) c. 2. C. de ann. exc. (7, 40.)
12) fr. 1. §. 10, 14, 15 D. de ventr. inspic. (25, 4.)

etwa, daß er Wächter schicken solle, denunciiren. Thut sie das nicht, so braucht er das Kind nicht anzuerkennen, d. h. die Frau verliert die sogenannte **actio de partu agnoscendo.** Nur ausnahmsweise wird die Frau **causa cognita** mit einer späteren Denunciation gehört, und nur im Falle der Abwesenheit des Denunciaten reicht eine **denunciatio ad domum** aus [13]). Dem **partus** wird natürlich durch Unterlassung der Denunciation nicht geschadet [14]).

12) Hat die Frau denunciirt, so ist wiederum der Mann gezwungen, ihr zu denunciiren, daß er das Kind nicht anerkenne, oder Wächter zu senden, wenn er sich nicht schlechthin zur Anerkennung und Alimentation verbinden will [15]). Sonst versteht sich aber, daß ihm die Unterlassung im Verhältnisse zu dem Kinde nicht präjudicirt [16]).

13) Die Gefängnißwache, welche, wenn der Gefangene stirbt, ungestraft ausgehen will, muß durch Denunciationen darthun, daß er durch **casus** starb [17]).

D. Eine fernere, der vorigen ähnliche Classe von Denunciationen ist diejenige, wo der Denunciant bei einer von ihm vorzunehmenden, oder auch vorgenommenen Handlung, welche, wenn er sich unthätig verhielt, schwieg, ihm einen rechtlichen Nachtheil bringen könnte, durch die

---

13) fr. 1. §. 1, 3, 6, 7, 13 D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3.) *Paul.* R. S. II, 24. §. 5 u. 6.

14) fr. 1. §. 8, 13, 15. D. eod. *Paul.* R. S. a. a. O. §. 6.

15) fr. 1. §. 3, 4. D. eod.

16) fr. 1. §. 12, 14, 15. D. eod.

17) fr. 14. §. 5. D. de cust. et exhib. reor (48, 3.)

Denunciation sich diesem Nachtheile entzieht, vornämlich indem er den Sinn der Handlung klar bestimmt und dadurch vermeidet, daß sie als widerrechtlich, Dolos angesprochen, zu seinem Nachtheile mißdeutet werden kann. Dahin gehören folgende Fälle:

1) Der Hausherr braucht gegen den Inquilinen, welcher ihn an einem Baue des vermietheten Gebäudes hindert, das interdictum uti possidetis, wobei er zugleich denunciirt, daß er den Inquilinen nicht zu wohnen, nur zu besitzen hindern wolle [18]).

2) Wenn der actor, das hieße der Sclav [19]), des Nachbars, nach einer andern Lesart der auctor desselben, das wäre Der, von dem der Nachbar das Grundstück erwarb, des Angrenzers Reben auf seine Bäume gezogen hat, so kann dieser, statt das interdictum uti possidetis zu brauchen, dem Nachbar denunciiren und die Reben losschneiden [20]). Wurzelten die Reben sonst bei dem Nachbar ein, so würde dem Angrenzer nach einem Jahre keine Klage zustehen [21]).

3) Will man ein opus vornehmen und fürchtet, daß des-

---

18) fr. 3. §. 3. D. uti possid. (43, 17.) Ob diese Denunciation gerichtlich geschah oder nicht, sehen wir aus der Stelle nicht. Möglich wäre Ersteres, da in einem anderen Falle — fr. 1. §. 4. D. quod legat. (43, 3.) — eines protestari bei Anstellung einer Klage erwähnt wird, was wohl gerichtlich vorgenommen ward. In diesem Falle wäre dann diese Denunciation eigentlich hier nicht mit aufzuzählen.

19) fr. 17. §. 5. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.) Ob actor oder auctor gelesen werden muß, hat für uns, wie es scheint, hier keine Bedeutung.

20) fr. 3. § 4. D. uti poss.

21) fr. 22. pr. D. eod.

halb Jemand einen Proceß beginne, so denunciirt man diesem das vorzunehmende opus und zwar genau nach Ort, Zeit und Object, ohne dabei sich eines dolus schuldig machen zu dürfen, sonst kann sich der Andere des Interdictum quod vi aut clam bedienen [22]).

4) Die Mutter kann, wenn sie den Sohn alimentirt, protestiren oder denunciiren, daß sie es in dem Sinne thue, um die Alimente von dem Sohne oder dessen Vormündern wieder zu verlangen [23]).

5) So pflegten bei den Römern auch Diejenigen, welche Leichenkosten bestritten, es mit einer Denunciation zu thun, damit sie den gemachten Aufwand wieder verlangen könnten, oder es nicht als Einmischung in die Erbschaft angesehen werden möchte [24]).

6) Wer eine freie, unbescholtene Frau zur Concubine haben wollte, der mußte dies mittelst einer Denunciation bewirken, indem sonst angenommen ward, er habe sie zur Ehefrau genommen, oder habe ein stuprum begangen [25]).

7) Wer eine Pachtung bei dem Herannahen der Feinde, denen er nicht widerstehen kann, verlassen will, der muß dieses, wenn es ihm möglich ist, dem Pachther-

---

22) fr. 3. §. 7 u. 8. fr. 4. fr. 5. pr. §. 1 u. 2. D. quod vi aut clam. (43, 24.)

23) fr. 34. D. de neg. gest. (3, 5.)

24) fr. 14. §. 7 u. 8. D. de relig. (11, 7.) Das protestari bezeichnet hier, wie wohl überall, wo es vorkommt, blos ein testari im voraus, um sich in Bezug auf ein künftiges Ereigniß oder Handlung zu decken.

25) fr. 3. pr. D. de concub. (25, 7.)

ren denunciiren, sonst ist er verhaftet, wenn die Feinde nach seinem Weggange Sachen mitnehmen, oder sonst Schaden anrichten [26]).

§. 10.

Fortsetzung.

Außerdem kommen jedoch noch verschiedene Arten von Denunciationen und Wirkungen derselben vor, wovon jetzt noch zu handeln ist.

E. Mitunter werden sie dazu gebraucht, um eine auf ein rechtliches Verhältniß bezügliche Erklärung des Denuncianten selbst fest zu machen, so daß Andere sich daran halten können. Theils ist die Erklärung dann je nach den Verhältnissen noch widerruflich, theils unwiderruflich. Dahin sind die Fälle zu rechnen:

1) wo der Herr mit seinem Sclaven mittelst schriftlicher Denunciation Geschäfte abzuschließen gestattet [1]), ferner

2) wo Der, dem die Wahl zwischen mehreren Gegenständen legirt ist, mittelst schriftlicher Denunciation wählt [2]), in welchem letzteren Falle die Erklärung sofort mit ihrer feierlichen Abgabe unwiderruflich ist.

3) Es ist auch wohl dahin noch der Fall zu rechnen, wo Jemand sein zehn Jahre altes Testament vor drei Zeugen, oder zu den Acten für ungültig erklärt [3]).

---

26) fr. 13 §. 7. D. loc. cond. (19, 2.)

1) fr. 1. §. 1. D. quod jussu. (15, 4.)

2) fr. 20. D. de opt. v. elect. leg. (33, 5.) In einer anderen Stelle wird die Litiscontestation als entscheidender Moment erwähnt. fr. 33. D. de leg. I. (30.)

3) c. 27. C. de testam. (6, 23.)

F. Es kommt auch vor, daß die Denunciation lediglich als Form für ein abzuschließendes, oder wieder aufzulösendes Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist. Als Beispiel mag dienen:

1) was über die Schenkungen im Codex Theodosianus vorgeschrieben ist [4];
2) was dort enthalten ist über die Vollziehung einer fiscalischen Incorporation [5];
3) was der Codex Justinianeus über die Freilassungen besagt [6];
4) was sich in den Digesten über Auflösung der Ehe [7], und endlich
5) über Auflösung der Sponsalien findet [8].

G. Auch blos des Beweises wegen werden zu Zeiten Denunciationen vorgenommen, wie da, wo der Ehemann, um sich den Beweis eines begangenen Ehebruchs zu erhalten, den Ehebrecher zwanzig Stunden festhalten kann und Zeugen herbeiruft, um vor ihnen zu denunciiren, daß er denselben auf der That ertappt habe [9]. Eben so, wo der Fideicommissar, um bei dem alten formlosen Fideicommisse sich den Beweis zu sichern, den Erblasser vor Zeugen befragt und dann Alles in eine testatio bringt [10]. Ueberhaupt kam ohne Zweifel häufig vor, daß blos des Beweises halber bei Eingehung von Rechtsgeschäften Testa-

---

4) C. 1, 3 und 5. C. Th. de donat. (8, 12.)
5) c. 1. C. Th. de incorp. (10, 9.)
6) C. 1. §. 1, 2, 10 und 11. C. J. de latin. libert. toll. (7, 6.)
7) fr. 9. D. de divort. et repud. (24, 2.)
8) fr. 38. §. 1. D. de usur. (22, 1.)
9) fr. 25. pr. und §. 5. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)
10) fr. 39. §. 1. D. de leg. III. (32.)

tionen aufgenommen wurden, auch wo es nicht für den Bestand des Rechtsgeschäfts nothwendig war. Dies ergibt sich nicht nur zum Theil schon aus den verschiedensten angeführten einzelnen Testationen, sondern auch sonst noch manchfach [11]). Auch hier ist bei Anwendung der Form der Denunciation allenthalben Zweck, die Rechtsverhältnisse festzustellen.

H. Endlich finden wir die Denunciationen häufig bekanntlich in processualischer Beziehung angewendet, theils zu Einleitung eines Rechtsstreites [12]), theils um gegen einen Abwesenden als einen Ungehorsamen verfahren zu können [13]), theils um die Zeugen zu citiren [14]). Auch bei dieser Anwendung der Denunciationen, welche für uns das größte Interesse hat, gilt es überall der Feststellung rechtlicher Verhältnisse.

Hierher sind auch zwei Denunciationen zu rechnen, deren später noch des Mehreren zu gedenken ist.

1) Der Cessionar bindet nämlich durch die Denunciation der geschehenen Cession an den **debitor cessus** nicht

11) fr. 4. D de fide instrum. (22, 4.) fr. 1. §. 4. D. sufr. quemadmod. cav. (7, 9.) fr. 7. D. de assig. libert. (38, 4.) c. 12. C. de contr. emt. (4, 38.)

12) Z. B. *Gaj.* IV. 18. *Aurel. Vict.* de Caes. Marc. Aur. c. 16. tit. de denunc. C. Th. (2, 4.) Für das justinianeische Recht siehe unter andern auch noch fr. 1. §. 6. D. si cui plus quam per leg. Facid. (35, 3.)

13) Z. B. fr. 73. §. 1. D. de judic. (5, 1.) fr. 53. §. 1. D. de re jud. (42, 1.) fr. 23. §. 3. D. de app. (49, 1.) fr. 5. pr. D. de poenis (48, 19.) c. 7, 8, 9 C. quomodo et quando judex. Vergl. noch *Paul.* R. S. V. A. §. 7.

14) Z. B. fr. 4. fr. 19. §. 1. D. de testib. (22, 5.) fr. 2. D. de concuss. (47, 12.)

nur diesen, sondern zugleich den cedirenden Schuldner[15]), welcher sonst noch die Cession widerrufen und gegen den debitor cessus klagen könnte[16]). Hier wirkt die Denunciation ganz wie die Litiscontestation, was, wie wir sehen werden, noch in manchfacher anderer Beziehung der Fall ist.

2) Wenn sich dem petitor bei Gelegenheit der von ihm dem possessor gemachten Denunciation ein Dritter als possessor darbietet, so kann ihn der petitor als possessor festhalten, wenn er über das Erbieten des Dritten eine schriftliche Testation aufnimmt und es durch diese darthut. In dem Falle ist dann der Dritte jedenfalls zu condemniren, wenn natürlich der petitor seinerseits Beweis führt[17]) (§ 22).

§. 11.

Form der Denunciation.

Aus allem bereits Erwähnten ergibt sich, daß die Denunciationen bei den Römern sehr gebräuchlich waren. Dasselbe müssen wir schließen, wenn die Testationen und Libelle überall als sehr gebräuchliche Urkunden erwähnt werden, welche zum Behufe eines Streits von gewissen Personen nicht aufgenommen werden sollen[1]), welche zu concipiren und consigniren den das Recht Studirenden, Advocaten und Tabellionen zur Strafe untersagt wird[2]), und deren Verfälschung

15) c. 3. C. de novat. (8, 42.)

16) §. 8. B. Nr. 4.

17) fr. 27. pr. D. de R. V. (6, 1.)

1) c. 4. C. de curios. (12, 23.)

2) fr. 9. §. 5. D. de poen. (48, 19.)

von der Lex Cornelia de falsis besonders herausgehoben ist [3]); denn daß und wie jene Urkunden mit den Denunciationen zusammenhängen, werden wir bald noch näher kennen lernen (§ 12).

Nach alle Dem und nach dem Sinne und Zwecke der Denunciationen, wie er bereits im Eingange des § 8 angegeben ist, müssen wir sogar die verschiedenen, von uns aufgeführten Arten derselben lediglich als ganz einzeln stehende Beispiele eines das ganze römische Rechtssystem bedeutungsvoll durchdringenden Instituts auffassen, welches möglicher Weise überall, wo dafür nicht andere Formen durch das Recht bestimmt waren, in die Rechtsverhältnisse, bei denen es, wie häufig, darauf ankam, sie für die Zukunft dauerhaft zu ordnen und festzustellen, entscheidend eingriff.

Ehe wir dazu übergehen, die Wirkungen der Denunciationen weiter zu erörtern, wird es aber bei einem so bedeutenden Institute wohl ohne Frage der Mühe lohnen, auch deren äußere Beschaffenheit, soweit sich dieser auf die Spur kommen läßt, genauer zu bestimmen, worauf uns schon die sprachlichen Erörterungen im § 3 hinwiesen. Dazu gehen wir also jetzt über.

Daß eine Denunciation verschieden war von einer einfachen Bekanntmachung, ist nicht allein schon nach dem bisher Angeführten an sich klar, sondern es bestätigen dies uns auch zum Ueberfluß noch die Quellen [4]).

Worin bestand diese Verschiedenheit?

---

3) fr. 1. pr. fr. 9. §. 3. D. de Leg. Corn. de fals. (48, 10.) *Paul.* R. S. V. 25. §. 5.

4) fr. 5. §. ult. D. de administrat. tut. 26, 7.) Vergl. mit c. 4. C. de distr. pign. (8, 28.)

1) Darin, daß bei einer Denunciation Feierlichkeitszeugen zugezogen wurden. Dies schließen wir mit Recht aus Folgendem. Nach der für unsere Untersuchung nothwendigen sprachlichen Begründung im § 2 bedeutet **testari** mit seinen weiteren Formen meist gerade so viel, wie **denunciare**. Die **denunciatio** ist eine **testatio**. **Testari** mit seinen ferneren Zusammensetzungen weist aber auf ein Verkündigen vor Zeugen hin und so auch **denunciare**. Nach § 3 waren für eine der Hauptformen der **testatio**, für das Testament, fünf Zeugen wenigstens nothwendig, welche wir als repräsentirende Feierlichkeitszeugen erkannten. Zweifelhaft blieb, ob wir die Mancipationsfälle und das Nexum auch als **testatio** ansehen konnten. Bei dem Testamente, welches zwar eine **testatio**, aber keine **denunciatio** war, wurden aber später statt der fünf Zeugen sieben zugezogen. Diese Form findet sich auch bei der durch das **Senatusconsultum Claudianum** festgesetzten Denunciation [5]), und zwar hier wohl nur darum, weil der freien Frau, welche der Denunciation nicht nachkommt, aus einer Freien eine Sclavin, ein **mancipium** zu werden droht, so daß dieser Fall gleichsam dem einer **mancipatio** gleichsteht. **Aes** und **libra** sind dabei, wie späterhin auch bei dem Testamente, Codicille und den anderen in das **Corpus juris** übergegangenen Mancipationsfällen, der Freilassung, Eingehung und Auflösung der Ehe — letztere als **remancipatio** — weggefallen und nur die bestimmte Zahl von Feierlichkeitszeugen geblieben.

Abgesehen von der Denunciation und dem Claudianischen Senatusconsulte, finden wir überall, wo bei Denunciationen Etwas von den Zeugen besonders erwähnt wird, nur drei der-

5) tit. C. Th. ad SC. Claudian. (4, 9.) Vorzüglich auch die alte Interpretation zu c. 1. *Theoph.* Paraph. §. 1. de succ. subl. (3, 13.)

gleichen vor, (§ 8 B. 12, § 9 C. 9, § 10 G. 3), oder viele[6]), oder auch schlechtweg eine Mehrzahl[7]). Unter den vielen Zeugen haben wir dann natürlich jedesmal wenigstens drei (§ 4 Note 6), oder mehrere zu verstehen; denn so wie bei der Mancipation sehr wohl mehr Zeugen zugegen seyn können als fünf[8]), so auch da, wo drei Zeugen angewandt werden[9]). Selbst wo bei Denunciationen aber auch nur einer bloßen Mehrzahl von Zeugen gedacht ist, müssen wir annehmen, daß wenigstens drei Zeugen gegenwärtig seyn mußten. Darauf führt der schon erwähnte Gegensatz zwischen dem einfachen Bekanntmachen und dem Denunciiren, überhaupt daß das letztere, wie wir schon sahen, ein feierliches Bekanntmachen bedeutet, in Verbindung mit Dem, was sonst noch über die drei Zeugen angedeutet worden ist. Sie machen ein Rechtsgeschäft, zu dem sie zugezogen werden, gleichsam zu einem öffentlichen Acte[10]) und sind daher jedenfalls,

---

6) C. 22. §. 6. c. de admin. tut. (5, 37.) c. 1. §. 1. C. Th. de donat. scientibus plurimis.

7) c. 24. C. de neg. gest. (2, 19.) fr. 39. §. 1. D. de leg. III. (32.) fr. 25. pr. §. 5. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

8) *Gaj.* I, 119.: „Adhibitis non minus quam quinque testibus.“

9) c. 27. C. de testam. (6, 23.): „Et hoc vel per testes idoneos non minus tribus.“ Nov. 117. c. 15. pr.: „Non minus tribus testibus fide dignis convocatis.“ So heißt es auch c 11. C. qui pot. in pign. (8, 18.): „Nisi forte probatae atque integrae opinionis trium, vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur.“

10) Vergl. §. 4 und 5. Dem steht auch nicht im Wege, daß die Denunciation in der c. 2. C. Th. de denunc. (2, 4.) als eine privata testatio bezeichnet wird; denn einestheils ist dies ganz offenbar blos im Gegensatze gegen die Denunciation durch die Behörde, welche das jus actorum conficiendorum hat, geschehen und anderentheils fällt dies in eine Zeit, wo wir schon bemerkten, (§. 4.

selbst wenn unsere im § 4 ausgesprochene Vermuthung, sie hätten das in die drei Tribus vertheilte Volk, respective die Curiatcomitien, repräsentirt, so unbegründet wäre, als sie wahrscheinlich ist, Repräsentationszeugen. Durch sie bekommt also in den Fällen, wo fünf Zeugen nicht angewandt werden, allein der von ihnen vorgenommene Rechtsact erst die Bedeutung eines gleichsam öffentlichen, feierlichen. Ein Notificiren vor anderen, wenn auch noch so vielen Zeugen, als vor Feierlichkeitszeugen, war gar kein Denunciiren, unterschied sich gar nicht von einem Bekanntmachen ganz ohne Zeugen. Freilich konnte des Beweises halber sehr wichtig seyn, daß Beweiszeugen bei einem Rechtsacte gegenwärtig waren, wie das allein aber demselben eine andere Bedeutung hätte gegeben sollen, das ist nicht abzusehen, und die Quellen weisen darauf auch mit keiner Spur hin. Sollte also eine auf ein Rechtsgeschäft bezügliche Bekanntmachung über das Gebiet des einfachen Notificirens hinaus in das des feierlichen Denunciirens erhoben werden, so mußten drei Feierlichkeitszeugen wenigstens dabei seyn. Eine geringere Anzahl solcher Zeugen finden wir nämlich im ganzen Umfange des römischen Rechts nicht.

Ist dies unbezweifelt richtig, so müssen wir aber überhaupt eben so unbezweifelt annehmen, daß jede Denunciation, auch wo nicht die Nothwendigkeit der Anwesenheit mehrerer Zeugen ausgedrückt ist, dennoch nothwendig wenigstens vor drei Feierlichkeitszeugen vollzogen seyn mußte,

---

Note 4.), daß sich der ursprüngliche Sinn der Sache mehr und mehr verwischt hatte. Demohnerachtet war aber die private Denunciation immer eine gleichsam öffentliche, wie uns die bereits oben (§. 4 Note 8) angezogenen Stellen am besten darthun, wornach die vor drei Zeugen aufgenommenen Urkunden quasi publice confecta genannt werden.

sofern nicht eine Mehrheit von Zeugen dabei ausdrücklich angeordnet war; was wir lediglich in dem vorhin erwähnten Falle finden.

Es wird zwar vielleicht Manchem wunderbar scheinen, daß wir davon nirgends ausdrücklich Etwas erwähnt finden, oder daß bei den einzelnen Denunciationen nicht überall besonders bemerkt ist, wie viele Feierlichkeitszeugen zu deren Vollzug gehören; dann müßte aber gewiß noch bei weitem mehr der Umstand befremden, daß die bei den judiciis zuzuziehenden Feierlichkeitszeugen auch nirgends als bei dem Isidorus Hispalensis erwähnt werden. Wußte Jedermann, wie es um die Sache stand, so brauchte man eine ganz bekannte Einrichtung nicht stets zu wiederholen, und daß die Denunciationen mit ihren nöthigen Formen Keinem unbekannt seyn konnten, das können wir wohl mit größter Sicherheit aus dem in dem Eingange dieses §. Erwähnten schließen.

Zweifelhaft könnte ferner hierbei scheinen, ob man in der späteren Kaiserzeit überall den Sinn der Denunciationen festgehalten habe, und ob deshalb allenthalben bei den Denunciationen die nothwendigen Formen beobachtet worden seyen, überhaupt ob in den aufgezählten Fällen, bei welchen eines Denunciirens Erwähnung geschieht, das Denunciiren nicht wenigstens zum Theil blos die Bedeutung eines simpeln Bekanntmachens habe. Die Möglichkeit, daß dies sich so verhalten, ist auch nicht ganz abzuleugnen. Allein da in den Quellen eine einfache Notification und das Denunciiren, wie wir sahen, noch bestimmt von einander geschieden wird, so ist dies wenigstens höchst unwahrscheinlich und widerspricht überdem dem Umstande, daß die Römer stets an den einmal gebildeten Formen festhielten. Wo daher denunciare in den Quellen vorkommt und nicht bestimmt nachgewiesen werden

kann, daß es ein feierliches Verkündigen nicht bedeutet, da muß das Gegentheil angenommen und deshalb zugleich dafür gehalten werden, daß es unter den Formen, die es zum feierlichen machen, zu vollziehen war. Wäre dies aber auch anders, so bewiese dies doch für die frühere Zeit jedenfalls nichts und wir behielten immer auch für die späteste Zeit eine Anzahl von Fällen übrig, welche Das, was wir annahmen, mit Gewißheit bestätigen.

Die Denunciation mit drei Zeugen schied sich dann aber immer noch wesentlich von den Fällen, wo fünf oder sieben Zeugen angewandt wurden, und zwar nicht nur durch die Zahl der Zeugen, so wie dadurch, daß aes et libra nur bei den letzteren in der älteren Zeit, nie aber bei der Denunciation vorkommen, sondern auch durch den Gegenstand. Denn während bei dem Testamente wie bei den anderen Geschäften, für welche fünf oder sieben Zeugen gebraucht wurden, immer ein neues Rechtsverhältniß geschaffen wurde, ist bei den Denunciationen Zweck, zu des Denuncianten Nutzen rechtliche Folgen eines Rechtsgeschäftes, oder eines Zustandes, oder eines Handelns, oder Unterlassens, welche in rechtlicher Beziehung stehen, rechtliche Wirkungen haben, oder haben können, eintreten zu lassen, zu bestimmen, zu erhalten, zu hindern, aufzuheben, endlich auch das Rechtsgeschäft oder die Handlung selbst aufzuhalten [11]). Anzunehmen ist dagegen schwerlich, daß sie sich dadurch schieden, daß in dem einen die Zeugen besonders zusammenberufene, mannbare, römische Bürger, welche dem Acte freiwillig beiwohnten, seyn mußten, in dem anderen nicht. Wir wissen zwar nur von der Mancipation, daß die dabei angewandten Zeugen mann-

11) §. 3. a. E.

bare römische Bürger und von den Testamentszeugen, daß diese besonders rogirt und freiwillig gegenwärtig seyn mußten. Wenn wir aber bei der Mancipation, weil sie ebenfalls einen Volksact repräsentirte, annahmen, daß dabei die das Volk repräsentirenden Zeugen wahrscheinlich nicht inviti seyn durften und ausdrücklich berufen seyn mußten (§. 3. Text bei Note 13—22), so müssen wir dies mit der nämlichen Wahrscheinlichkeit auch für die Denunciationszeugen annehmen, wenn in den Fällen, wo drei solche Zeugen vorkommen, durch diese eine Curiatvolksversammlung repräsentirt wird.

Dahin steht freilich, wie weit man in der späteren Zeit, wo man den ursprünglichen Sinn dieses Institutes sicher nicht mehr überall mit Klarheit und Lebhaftigkeit festhielt, daran etwas nachließ. Doch mußten noch nach c. 11. C. qui potiores in pignore, die zu Constituirung eines Pfandes zugezogenen drei Zeugen unbescholtene Männer seyn, und ohne Zweifel war dieses auch bei den Denunciationen der späteren Zeit noch so.

Ob die Denunciationen vor drei Zeugen vielleicht nach dem Vorbilde der Geschäfte vor fünf Zeugen und wann sie entstanden, läßt sich nicht nachweisen; wohl aber haben wir bereits gezeigt, daß wenigstens das Testament und die Denunciation nach dem Sprachlichen offenbar in dem innigsten Zusammenhange stehen[12]), so daß wir annehmen müssen, beide gehören zu dem nämlichen genus, von dem sie nur verschiedene species sind. Um so mehr bekommt auch dadurch jene von uns angenommene Repräsentation einer Cu-

12) Vgl. §. 3. gleich von vorn herein mit dem im §. 2. Enthaltenen. Vorzüglich siehe fr. 20. §. 8. und fr. 21. D. qui test. fac. poss. (28, 1.)

riatversammlung durch die drei Zeugen, so wie, was wir über deren Qualität nach Analogie annahmen, Wahrscheinlichkeit, welche noch bedeutend durch Das, was wir über die Wirkungen der Denunciationen zu sagen haben, gehoben wird.

Kehren wir gleich jetzt, bevor wir weiter gehen, noch einmal zu den Litiscontestationszeugen zurück, so haben wir schon oben bemerkt, daß diese Feierlichkeitszeugen waren. Dies haben Mayer und Rudorff [13]) schon ganz richtig herausgefunden, und dies bestätigte uns die Stelle des Gajus [14]) vollständig, wenn nach ihr die Litiscontestation als eine zweiseitige Denunciation der Parteien aufzufassen war. Jetzt fragt sich aber, ob die Litiscontestation, wie jene Juristen meinen, ursprünglich ein Mancipationsact war und dazu also fünf Zeugen gehörten, und da scheinen mir zuvörderst die von Danz [15]) gegen Jene angeführten Gründe im allgemeinen vollkommen durchzuschlagen und nicht nur darzuthun, daß eine Nothwendigkeit, in der Litiscontestation einen Mancipationsact zu sehen, nirgends vorhanden ist, sondern auch die Unwahrscheinlichkeit einer solchen Annahme zu beweisen. Dazu kommt, daß Sell [16]) klar genug dargethan zu haben scheint, daß Gajus zu dieser Annahme keine Veranlassung bietet, daß vielmehr die Hauptstelle desselben [17]), welche die Litiscontestation als Mancipationsact nachweisen sollte, anders verstanden werden muß. Unter diesen Umstän-

13) Vergl §. 7. Note 1

14) *Gaj.* IV, 15.

15) Vergl. §. 7. Note 1.

16) *Carol. Sell.* a. a. O. Cap. 5. §. 2. pag. 90. Nota 2., pag. 91.

17) *Gaj.* III, 173,

den darf wohl um so mehr angenommen werden, daß drei Feierlichkeitszeugen für den Vollzug der Litiscontestation ausreichten, als Gajus diese ganz einfach blos als eine Denunciation bezeichnet [18]). Zudem möchten auch die drei das judicium mit bildenden Zeugen darauf zurückweisen, daß in jure nicht mehrere angewandt wurden; denn wenn jene ausreichten, um den Verhandlungen in judicio die erforderliche Publicität zu geben, wozu wären für die wechselseitige Denunciation in jure mehrere Zeugen nöthig gewesen? Endlich würde, falls es anders gewesen wäre, doch auch auffallen, wenn Gajus da, wo er von dem Uebergange der Verhandlungen in jure in die in judicio spricht, dies gar nicht angedeutet, sondern blos von einem wechselweisen denunciare gesprochen hätte, zumal für die mancipatio nirgends der einfache Ausdruck denunciare vorkommen möchte. Wäre die Vermuthung richtig, daß durch dreißig judices das Volk einmal früher bei den Verhandlungen in jure repräsentirt ward, (§. 7. bei Note 9 bis 19), so könnte man die drei Litiscontestationszeugen als einen Rest jener früheren Verfassung betrachten und dann würde auch dadurch bestätigt, daß sie eine Curiatversammlung vorstellten.

2) Ist richtig, was wir bisher auseinandersetzten, so scheint aber auch angenommen werden zu müssen, daß die Denunciation sich sonst noch formell von dem einfachen Verkündigen unterschied. Eine solche Verschiedenheit können wir aber natürlich nicht darin suchen, daß sie ganz bestimmt rücksichtlich des Gegenstandes, welchen sie hatte, gefaßt seyn mußte, wie die Natur der Sache und die Quellen erge-

18) *Gaj.* IV, 15.

den [19]) und noch aus Dem hervorgehen wird, was wir über die Denunciationsinstrumente zuzufügen haben, die am Ende doch nichts waren, als schriftliche Denunciationen, auch nicht einmal darin, daß hie und da, wenn auch nur für einzelne solche Denunciationen bestimmte Worte, welche man dabei jedesmal zu sprechen pflegte, gebräuchlich geworden seyn mögen [20]); denn das Erstere war eine Voraussetzung jedes auch einfachen Aussprechens in Beziehung auf ein Rechtsgeschäft, wenn dadurch rücksichtlich desselben etwas Bestimmtes bewirkt werden sollte, und Letzteres konnte ebenfalls auch außer bei Denunciationen bei anderen nicht förmlichen Rechtsgeschäften möglicher Weise vorkommen. Wir müssen diese Verschiedenheit vielmehr in der nuncupatio suchen

Ehe wir diesen Punct aber weiter verfolgen, ist es zuvörderst nothwendig, daß wir uns darüber verständigen, was wir unter nuncupatio zu verstehen haben; denn dies ist unseres Wissens nirgends mit hinreichender Bestimmtheit ausgesprochen.

---

19) Z. B. fr. 14. §. 8. D. de relig. (11, 7.) Nachdem hier gesagt ist, daß, obwohl das Bestreiten von Begräbnißkosten an sich nicht für eine Einmischung in die Erbschaft, oder für eine pro herede gestio zu achten wäre, dennoch die meisten Kinder, so wie Andere, welche Erben werden könnten, wenn sie den vermuthlichen Erblasser beerdigten, dabei protestirten, pietatis gratia se facere sepulturam, fährt Ulpian fort: „Quid si supervacuo fuerit factum? Ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur, ad illud non, ut sumptum consequantur, quippe protestantur, pietatis gratia id se facere. Plenius igitur eos testari oportet, ut et sumptum possint servare“ Ferner fr. 5. §. 1. D. quod vi aut clam. (43, 24.)

20) Z. B. fr. 2. §. 1. D. de divort. (24, 2): „In repudiis autem, id est in renunciatione, comprobata sunt haec verba: Tuas res tibi habeto, item haec: tuas res tibi agito.“

Nuncupatio und nuncupare bedeuten allenthalben ein mündliches Aussprechen im Gegensatze eines geschriebenen Willens[21]). Nehmen wir zuvörderst den Fall heraus, bei welchem nicht zweifelhaft seyn kann, was dabei die nuncupatio war, das Testament durch aes et libra. Von diesem sagt Ulpian[22]):

„In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote. Quae nuncupatio et testatio vocatur."

In dieser Stelle wird die mancipatio von der nuncupatio genau geschieden und als die letztere mit Bestimmtheit blos der feierliche Aufruf des Testators an die Zeugen mit bestimmter Hinweisung auf das betreffende Rechtsgeschäft, welches ohne die Aufgerufenen und den Aufruf[23]) keine Gültigkeit haben würde, bezeichnet. Damit stimmt dann auch Gajus[24]) da vollkommen überein, wo er die Form des Testamentes per aes et libram angibt; denn nachdem er erst die mancipatio erörtert, welche damit schließt, daß der fami-

21) *Brisson.* de V. S. s. v. nuncupare und nuncupatio. Vgl. auch c. 2. C. Th. de test. et codic. (4, 4.)

22) *Ulp.* fragm. XX, 9.

23) *Gaj.* II, 119.: „Nam item juris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit."

24) *Gaj.* II, 104. Vergl. *Isidor.* Orig. IV, 24.

liae emtor mit der Münze die Wage berührt und das Stück Geld dem Testator gleichsam als Kaufpreis gibt, fährt er mit den im wesentlichen denen des Ulpian ganz gleichen Worten fort, welche wir oben von haec bis perhibetote durch den Druck auszeichneten, und fügt dann hinzu:

„Et hoc dicitur nuncupatio. Nuncupare est enim palam nominare: et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare“

Daraus und aus der schon in Note 23 angeführten Stelle des Gajus ergibt sich mit unwiderleglicher Klarheit, daß seine Ansicht über den Begriff der nuncupatio mit der des Ulpian vollkommen zusammentrifft.

Zu demselben Resultate führt uns aber auch noch ein anderer Umstand, der überhaupt für uns von großer Wichtigkeit ist, nämlich daß nach der Stelle des Ulpian nuncupatio und testatio, welches letztere, wie wir bereits im §. 2 nachwiesen, ein feierliches Verkündigen vor Zeugen ausdrückte, gleiche Bedeutung haben. Und wer sollte die testatio anders aussprechen als der Testator, welcher doch wohl davon den Namen trägt? — Zur Bestätigung Dessen, was Ulpian anführt, ist übrigens noch hinzuzufügen, daß damit auch Das übereinstimmt, was Santra bei Festus[25]) über den Ausdruck nuncupata vota sagt, daß es nämlich nicht nominata bedeute, sondern promissa et quasi testificata, circumscripta receptaque.

Die nuncupatio oder testatio war also nichts als der

---

25) *Festus* de V. S. Die Müller'sche Ausgabe pag. 182. s. v. nuncupata pecunia. Bei *Brisson.* s. v. nuncupare bedeutet dieses nach einem alten Glossarium wie bei Gajus palam nominare et confirmare, also doch auch nicht ein bloßes nominare.

Schlußact eines Rechtsgeschäfts, durch welchen vor Zeugen und unter deren Anrufung das Geschäft bestätigt ward. Die Verhandlung über das Rechtsgeschäft und dessen unförmlicher Abschluß, welche dem förmlichen Schlußacte natürlich immer vorausgingen, gehörten also an sich nicht zur nuncupatio, noch weniger bestand die nuncupatio in ihnen, indem sonst jedes abgeschlossene Rechtsgeschäft überhaupt eine nuncupatio hätte haben müssen, — wie schon aus dem unter 2 zu Anfange Bemerkten sich darlegt, — vielmehr gehörten jene unförmlichen Vorgänge nur in so fern zu ihr, als ohne sie die nuncupatio natürlich inhaltslos und also ohne alle rechtliche Bedeutung gewesen seyn würde, so wie denn allerdings auch nach den Quellen ganz klar jede Denunciation ihrem Inhalte nach rechtlich begründet seyn muß, wenn sie nicht effectlos seyn soll [26]). Die nuncupatio brauchte also nur eine Beziehung auf jene Vorgänge zu enthalten.

Inzwischen konnte dieselbe auch das ganze Rechtsgeschäft in sich schließen, wenn dieses bei dem Schlußacte in Worte gefaßt und mit der feierlichen Aufrufung der Zeugen zusammengeschlossen ward, und dies war sogar wohl meistentheils der Fall. Davon entstand dann wohl ohne Zweifel auch, daß nuncupare von dem Cincius in der schon angeführten Stelle des Festus einfach als ein nominare, loqui definirt wird und wir es mit dem nominare, namentlich bei dem Brissonius an der betreffenden Stelle, vielfach gleichbedeutend gebraucht finden.

---

26) fr. 47. D. de minor. (4, 4.) fr. 14. D. de publ. in rem act. (6, 2.) fr. 27. D. de const. pec. (13, 5.) fr. 30. und 48. D. mand. (17, 1.) fr. 61. D. de fidejuss. (46, 1.) fr. 122. D. de V. O. (45, 1.) C. 13. C. de fide instr. (4, 22.) C. 12. C. de contr. emt. (4, 38.)

Demohnerachtet tadelt Santra mit Recht den Cincius, und zwar nicht nur nach Dem, was wir jetzt als eine bloße Vermuthung folgen lassen wollen, sondern auch nach dem noch später in diesem §. zu Erörternden, wegen seiner Erklärung der nuncupatio.

Es ist nicht klar, und es dürfte noch nirgends deshalb eine Untersuchung sich finden, wovon nuncupatio abzuleiten ist. Daß sie neben der mancipatio [27]) vorkommt, führt darauf, daß sie auch sprachlich ähnlich zusammengesetzt seyn mag wie diese.

Bei dem Clemens Alexandrinus [28]) kommt eine Stelle vor, welche freilich in mancher Beziehung wohl zweifelhaft bleiben wird und auch bereits sehr verschieden erklärt worden ist, welche wir aber für unseren Zweck doch genauer in das Auge fassen müssen. Sie lautet so:

> „*Καὶ τὰ παρὰ Ῥωμαίοις ἐπὶ τῶν διαθηκῶν γινόμενα τάξιν εἴληχε, τὰ διὰ δικαιοσύνην ἐκεῖνα ζυγά, καὶ ἀσσάρια καρπισμοί-τε, καὶ αἱ τῶν ὤτων ἐπιψαύσεις. τὰ μὲν γάρ, ἵνα δικαίως γίνηται· τὰ δὲ εἰς τὸν τῆς τιμῆς μερισμόν· τὸ δ' ὅπως ὁ παρατυχών, ὡς βάρους τινὸς αὐτῷ ἐπιτιθεμένου, ἑστὼς ἀκούσῃ, καὶ τάξιν μεσίτου λάβῃ.*“

Wenn darin von Symbolen die Rede ist, welche die Römer bei den *διαθῆκαι* angewandt hätten, so fragt sich zuerst, was sind *διαθῆκαι*? Huschke [29]) nimmt sie für alle ei-

27) *Festus* s. v. manceps und mancipium. cfr. *Varro* d. L. L. s. v. mancipium. *Ulp.* Frag. XIX, 6.

28) *Clem. Alex.* Strom. VIII, 8. Ich habe die Stelle so interpungirt, wie ich es nach der nachfolgenden Erklärung derselben allein für das Richtige halte.

29) *Huschke*, Flav. Syntr. don. instr. pag. 45.

vilia negotia, fast alle Anderen für **testamenta**[30]). Das Letztere scheint das Richtigere. Διαθήκη kann zwar seiner Ableitung nach Vertrag, Bund recht wohl heißen, kommt auch, freilich aber mehr nur bei den Bibelinterpreten[31]), und selbst da wohl nicht, wo es sich um juristische Gegenstände handelt, in dieser Bedeutung vor; denn συνθήκη ist das eigentliche Wort für Vertrag. Daß διαθήκη aber jedes **civile negotium** ausdrücken sollte, möchte sich schwerlich irgendwo bestätigt finden und Huschke hat dafür auch nichts beigebracht. Huschke's Uebersetzung der Stelle scheint daher nicht adoptirt werden zu dürfen. Sie ist mehr eine Interpretation als eine Uebersetzung. Wenn wir nun aber διαθήκη als Vertrag schlechtweg nehmen wollten, was es wohl außer Testament hier allein bedeuten könnte, so stünde Dem nicht nur entgegen, daß wir dann gerade die ungewöhnlichere Bedeutung zur Anwendung brächten, da διαθήκη, namentlich auf die römisch-juristischen Verhältnisse bezogen, wie z. B. bei dem Theophilus, wohl durchgängig nur als Testament vorkommt, sondern noch bei weitem mehr, daß, wenn in der Stelle von Verträgen überhaupt die Rede wäre, dazu natürlich die Aufzählung der Symbole gar nicht passen würde. Die Bedeutung von διαθήκη, die nach dem Bemerkten hier schwerlich eine andere seyn kann, als die eines Testamentes, ist aber die geringste Schwierigkeit der Stelle. Das bei weitem Schwierigere ist die Aufzählung und Deutung der Symbole, von welchen sie spricht.

---

30) *Brisson.* de form. lib. VII. pag. 58. *Heinecc.* Antiq. Rom. II, 10. §. 7. *Walch* Progr. de antest. in mancip. pag. 14. sqq.

31) *H. Stephan.* unter διαθήκη.

Als Symbole bei dem Testamente, d. h. dem per aes et libram, sind nämlich aufgezählt ζυγὰ, ἀσσάρια, καρπισμοί und τῶν ὤτων ἐπιψαύσεις. Hier kann allein zweifelhaft seyn, was die καρπισμοί sind. Brissonius übersetzt mancipationes, Huschke vindicationes, Walch will den Ausdruck καρπισμοί ebenfalls nicht auf die mancipatio, sondern auf die festuca und deshalb, vorzüglich wegen der auf die καρπισμοί sich beziehenden Worte „εἰς τὸν τῆς τιμῆς μερισμόν", welche in der Stelle folgen und welche er dahin erklärt, daß durch die Manumission der Sclave ehrenhaft geworden sey, auf diese bezogen wissen. Diese Interpretation scheint jedoch so wenig als die von Huschke wahrscheinlich, weil weder die eine, noch die andere mit dem Eingange der Stelle, wo nach dem Obigen von Testamenten die Rede und gesagt ist, daß bei diesen die genannten feierlichen Formen angewandt worden wären, zusammenstimmt. Wie sollte Clemens auf einmal zu der Manumission, oder auch Vindication überspringen, welche beide mit dem Testamente nichts zu schaffen haben? Nöthig scheint aber keine der beiden Interpretationen und zwar deshalb nicht, weil wörtlich genommen, — denn καρπός heißt auch die Vorhand vor den Fingern oberwärts, die Hand an der Wurzel — καρπισμός ohne Zweifel mancipatio bedeuten kann, wenn es auch die andere Bedeutung gewöhnlich hat. Die Beziehung der Stelle auf die Manumission, so scharfsinnig sie auch auf den ersten Blick erscheint, dürfte überdem noch das gegen sich haben, daß die festuca sich schwerlich als Symbol der Ehre gebrauchen läßt. Ueberhaupt aber möchte die Stelle nicht ganz so zu nehmen seyn, wie sie Walch nimmt. Es darf nämlich schwerlich die Waage und das As als Symbol der Gerechtigkeit gedacht werden, da das As sich darauf nicht füglich

beziehen läßt. Vielmehr scheinen die Worte „*καὶ ὑσσάρια καρπισμοί τε*", was auch Huschke meint[32]), zusammen zu gehören, wo dann jene von Walch auf ein Ehrenhaftmachen bezogenen Ausdrücke nicht darauf gehen würden, sondern wo im Gegentheil dieselben andeuten, daß das As und die mancipatio zusammen das Symbol des zu bezahlenden und acceptirten Preises sind. Dies stimmt auch mit anderen Stellen zusammen, wornach bei dem testamentum per aes et libram und der mancipatio statt des wahren ein bloßer Scheinpreis bezahlt ward[33]), so daß der letztere ein Symbol des ersteren sehr wohl genannt werden kann. Wäre die Stelle nicht so zu nehmen, so würde es wegen *καρπισμοί* wohl auch besser *τοὺς δὲ* statt *τὰ δὲ εἰς τὸν τῆς τιμῆς μερισμὸν* heißen. So hätten diese Worte auch abgesehen von der Erklärung Walch's einen ganz guten Sinn und wir brauchten nicht die festuca gewaltsam in die Stelle hinein zu erklären. Dieselbe deshalb nicht auf das Testament und dessen Symbole zu beziehen, weil dabei sonst Niemand das Berühren des Ohres erwähnt, kann schwerlich zu einer anderen Erklärung bewegen. Ueber die untergegangenen alterthümlichen Institute haben wir ja überhaupt großentheils nur spärliche Notizen, wie z. B., woran nochmals erinnert seyn mag, über die Form der judicia, über die älteste Litiscontestation u. s. w.

Nun ist allgemein bekannt, daß bei der mancipatio theils unter den fünf Zeugen, theils neben diesen ein antestatus wenigstens in der späteren Zeit erwähnt wird. Kam er dabei

32) Huschke a. a. O.

33) *Gaj.* Epit. I, 6.: „A quo fiduciario patre naturalis pater unum, aut duos nummos, quasi in similitudinem pretii, accipit." *Theoph.* Paraph. II, 10. §. 1.: „*καὶ ἐδίδου λόγῳ τιμήματος εἰκονικοῦ νοῦμμον τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας.*"

vor, so konnte er natürlich auch bei dem Testament per aes et libram vorkommen, da hier bekanntlich der nuncupatio die mancipatio vorausgeht. Von dem antestatus wissen wir aber, daß er namentlich bei der in jus vocatio gebraucht und an dem unteren Theile des Ohres leise berührt ward, um seine Aufmerksamkeit, seinen inneren Sinn auf das zu vollbringende Geschäft zu richten. Ja, dieses war bekanntlich überall der Fall, wo er vorkam[34]), also auch bei der Testamentserrichtung, wenn er hier angewandt wurde, was wir nach der Stelle des Clemens Alexandrinus annehmen müssen. Dann wäre diese Stelle rücksichtlich der ἐπιψαύσεις hinreichend erklärt. Nähmen wir nun an, daß die nuncupatio bei dem Testamente, bei welcher die Zeugen aufgerufen wurden, damit begonnen habe, daß man den einen der fünf Zeugen als antestatus, oder auch, wie Huschke will, einen besonderen antestatus, — denn es durften nur nicht weniger als fünf Zeugen, es können aber mehrere seyn, — zum Zeichen des Beginnes des feierlichen Schlußactes am Ohre berührte, so könnte nuncupatio von numen und capere hergeleitet, als daraus zusammengesetzt betrachtet werden. Numen stammt nämlich von νοέω und bedeutet soviel wie νοῦς, νόημα. Das Symbol dessen, der denkenden Erinnerung, war aber das Ohr, respective dessen unterer Theil[35]). Wenn man da-

34) Vgl. die bei Huschke a. a. O. angeführten Stellen.

35) *Plin.* H. N. XI, 45. Man könnte versucht seyn, sich die nuncupatio als aus nummus und capere zusammengesetzt zu denken, weil sie unmittelbar nach Darstellung des Gajus dem Empfange des Scheinpreises folgt, wenn nuncupatio nicht so viel wäre wie testatio und *Santra* nuncupata nicht als quasi testificata erklärte, und wenn ferner nicht ganz offenbar das Reichen und Nehmen des Scheinpreises nicht zur nuncupatio gehörte, wie die Stellen des Gajus und Ulpian klar ergeben.

her Jemanden an dem Ohre faßte, so versicherte man sich damit symbolisch seines inneren Sinnes, seiner Aufmerksamkeit. Dies würde auch in sofern mit Dem zusammentreffen, was wir in dem von Huschke edirten Instrumente des Flavius Syntrophus finden, als nach diesem Der, welcher mittelst mancipatio eine Sache auf einen Anderen überträgt, nicht aber Der, auf welchen sie so übertragen wird, antestirt, was nach dem über die antestatio und die aurium contrectatio Bemerkten sich auch bei dem testamentum per aes et libram so verhalten haben müßte. Huschke[36]) hat zwar versucht, die betreffende Stelle in dem gedachten Instrumente anders und zwar so zu erklären, als wenn der mancipio accipiens die antestatio vornähme. So scharfsinnig aber seine Erklärung genannt werden muß, um so viel natürlicher und dem Ausdrucke des Instrumentes angemessener scheint doch die entgegengesetzte Deutung der Stelle zu seyn. Auch sachlich scheint für Huschke's Erklärung kein hinreichender Grund vorzuliegen; denn dem mancipio dans liegt doch gewiß eben so viel daran, nur Das zu geben, was und wie er es geben will, als dem mancipio accipiens Das und nichts Geringeres zu erhalten, als er erhalten soll.

Hätte nun nuncupatio wirklich die angegebene Bedeutung, so paßte dieses ferner nicht nur sehr gut mit der mancipatio sprachlich zusammen, sondern auch mit Dem, was wir noch über den Sinn der nuncupatio als einer testatio zu erörtern haben. Zugleich erhielten wir, wäre das Alles richtig, dadurch einen Aufschluß für die Bedeutung des antestatus bei der mancipatio. Wenn diesen die betreffende Stelle bei der Testamentsfeierlichkeit als einen μεσίτης darstellt, dem

36) Huschke a. a. O.

eine Last aufgelegt wird, so würde dies nicht auffallen, weil er bei dem Testamente per aes et libram die mancipatio mit der nuncupatio verbindet, den Uebergang von der einen zu der anderen bewirkt und die Function, welche er dabei übernimmt, allerdings, zumal nach der gewöhnlichen Vorstellung der Leute, welche das Zeugnißablegen zu meiden suchen, als eine Last sich betrachten läßt. Jeder Zeuge kann übrigens gewissermaaßen als Mittler betrachtet werden. Man könnte sich aber die Sache auch so denken, daß derselbe bei dem unförmlichen Geschäftsabschlusse schon zugezogen und wieder bei dem letzten förmlichen Schlußacte gebraucht ward. Dann würde der Ausdruck μεσίτης noch besser und zwar überall, wo der antestatus vorkommt, passen und wir näherten uns Walch's Erklärung des Geschäftes eines antestatus. Endlich würde, wäre die aufgestellte Vermuthung richtig, auch die Reihenfolge der vier bei dem Clemens Alexandrinus aufgeführten Symbole die richtige seyn, denn dann stände auch bei ihm die aurium contrectatio, die nuncupatio, ganz der Sache angemessen, zuletzt, da sie den Schlußact des Ganzen ausmacht. Daß aber von der ἐπίψαυσις der ganze Schlußact den Namen bekommen haben sollte, kann nicht auffallen, da sie dann dessen Beginn und scharfe Abgrenzung von dem übrigen Theile des Geschäftes angedeutet haben würde.

Ob dieser Gebrauch schon in so früher Zeit vorkam, kann mit Gewißheit freilich nicht behauptet werden, so wie sich denn Huschke darüber auch nur unbestimmt erklärt. Wenn aber ausgemacht ist, daß die Berührung des Ohres des Zeugen bei mehreren alten Völkern ein uralter Gebrauch war[37]), so wie denn die ganze formelle Procedur auf die äl-

37) *Walch* a. a. O. pag. 4 und 5.

testen Zeiten zurückweist, und daß bei den Römern namentlich schon die zwölf Tafeln dieses Gebrauches gedenken, so haben wir, wie es scheint, keinen Grund, die Nachricht des Clemens Alexandrinus zu bezweifeln. Sie dürfte aber dadurch um so wahrscheinlicher werden, weil die antestatio als einen späteren Gebrauch anzusehen, der Umstand bedenklich machen muß, daß dieselbe bei der Mancipation theils vorkommt, theils nicht vorkommt, während wir doch, wenn sie eine später aufgekommene Form wäre, erwarten müßten, von ihr mehrere Nachricht und einen consequenten Gebrauch zu finden. Es ist daher glaubhafter, daß sie vielmehr früher und zwar wohl in der frühesten Zeit, wo das Formelle überhaupt vorherrschte, allgemein gebräuchlich war, nach und nach aber, wie alles Formelle, mehr und mehr verschwand und daß sie dann nur noch ohne besondere Bedeutung und deshalb mehr willkührlich bald angewandt, bald nicht angewandt ward. So möchten sich die späteren schwankenden Erscheinungen der antestatio am einfachsten erklären.

Doch die Sache mag gern weiterer gründlicherer Erörterung überlassen bleiben. Wir verlassen jetzt diesen Punct, da uns ein noch weiteres Eingehen auf denselben zu weit von unserem eigentlichen Ziele abführen würde, und kehren zu der Untersuchung des Punctes zurück, in wie weit auch bei anderen Rechtsgeschäften als bei dem testamentum per aes et libram eine nuncupatio als gebräuchlich angenommen werden muß.

Erinnern wir zuvörderst nochmals daran, daß das ganze Geschäft, bei welchem eine nuncupatio vorkam, leicht mit dieser zusammengeschlossen, wenigstens so gedacht und nuncupatio genannt werden konnte und später ohne Zweifel genannt wurde, wie schon aus den von Brissonius angeführten Stellen sich ergibt. Schließen wir daran die Bemerkung, daß

diese weitere Bedeutung des nuncupare deshalb wohl leicht die gewöhnliche wurde, weil doch die Rechtsgeschäfte, bei welchen es vorkam, wie sich auch noch ausweisen wird, in der Regel mündlich abgemacht wurden, — wenn man darüber auch sehr häufig, später gewiß regelmäßig, schriftliche Urkunden, welche aber für das Geschäft selbst nicht wesentlich waren, aufnahm (§. 12.), — so scheint die Definition des Cincius von der Praxis ausgegangen noch bei weitem natürlicher, wenn gleich unrichtig, wenn wir die nuncupatio bis zu ihrem Ursprunge verfolgen.

Die nuncupatio, in dem eben gedachten weiteren Sinne genommen, kam aber nicht blos bei dem testamentum per aes et libram, sondern bei allen mündlichen Testamenten vor[38]). Sicher ist aber auch sonst anzunehmen, daß sie überall statt hatte, wo das nexum angewandt ward. Dies ergibt sich theils und vornehmlich aus den bekannten Worten der zwölf Tafeln[39]): quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, theils aus einer Stelle des Cicero[40]), in welcher ebenfalls bei der mancipatio eine nuncupatio vorausgesetzt wird. Daß diese Stelle auf die mancipatio zu verkaufender Grundstücke geht, ist nicht nur klar daraus, daß sie auf die in jure cessio, welche überhaupt die unbequemere und daher viel seltenere Form war[41]), nicht bezogen werden kann, weil bei dieser eine nuncupatio nirgends erwähnt wird, sondern auch wegen ihres ganz

---

38) fr. 21. pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1.) *Brisson.* s. v. nuncupare.

39) *Festus* s. v. nuncupata pecunia.

40) *Cic.* de off. III, 16.

41) *Gaj.* II, 25.

klaren Rückbezugs auf die von Festus uns aufbewahrten Worte der zwölf Tafeln.

Aber nicht nur bei dem nexum, auch bei Fällen von Denunciationen vor drei Zeugen kam ohne Zweifel eine nuncupatio vor. Wir können dieses nicht allein nach Analogie des nexum schließen, sondern es geht auch ganz klar daraus hervor, daß nach den sprachlichen Erörterungen im §. 2. denunciatio und testatio meist gleichbedeutend gebraucht sind und testatio und nuncupatio nach Ulpian wiederum gleiche Bedeutung haben.

Ein wo möglich noch stärkerer Beweis für unsere Behauptung liegt aber offenbar in der ältesten Litiscontestation. Sahen wir nämlich in Betreff ihrer richtig, war sie wirklich eine wechselseitige Denunciation der streitenden Parteien vor drei Zeugen, so ergibt uns die Stelle des Festus über die Litiscontestation ganz klar, daß dabei ein feierlicher Zeugenaufruf und also eine nuncupatio vorkam, wie die Schlußworte der Stelle „testes estote[42])“ unwiderleglich zeigen. Kam sie aber bei diesem Falle der Denunciation vor, so ist nicht abzusehen, weshalb sie nicht auch bei anderen Denunciationen eben so vorgekommen seyn sollte. Rückwärts bestätigt uns dies aber auch wieder, daß sie bei dem nexum sicher zur Anwendung kam.

Daß nun auch wirklich bei anderen Denunciationen die Testation in Anwendung kam, bestätigt das §. 3. über die

---

42) Die nuncupatio gerade in dieser Art muß eine sehr gewöhnliche gewesen seyn, wie uns die von Valerius Probus angeführte und daher gewiß sehr häufige Abbreviatur TT. E. zeigt, welche nach ihm testes estote bedeutet.

sacrorum detestatio bemerkte. Denn wenn es da in der einen Stelle heißt[43]):

„**Detestatio et denunciatio facta cum testatione.**“ so steht hier **testatio** offenbar nicht gleichbedeutend mit **denunciatio** und bedeutet also wohl nur den feierlichen Zeugenaufruf. Nur scheint es nach der Stelle fast, als wenn die **testatio** nicht überall bei der Denunciation vorgekommen wäre, weil sonst der Zusatz in der Stelle „**facta cum testatione**“ überflüssig seyn würde. Wo dann dieselbe vorkam und wo nicht, das läßt sich gar nicht bestimmen. Möglich, daß sie bei allen juristischen Denunciationen vorkam und blos bei anderen z. B. den geistlichen, sofern diese keine juristische Beziehung, wenigstens keine unmittelbare hatten, nicht; möglich, daß es auch anders war.

Sehen wir nochmals auf die **mancipatio** zurück, so kann dabei nur Eins auffallen, daß nämlich Gajus und Ulpian, während sie die **nuncupatio** bei dem **testamentum per aes et libram** ausdrücklich herausheben, bei der **mancipatio** ihrer gar nicht gedenken. Inzwischen läßt sich dies doch nicht schwer erklären. Möglich nämlich ist einmal, daß Gajus und Ulpian, welche offenbar nicht darauf ausgehen, jedes von ihnen berührte Rechtsinstitut ausführlich und bis in das geringste Detail darzustellen, sich vielmehr damit begnügen, den Begriff eines solchen im allgemeinen nach dessen hauptsächlichen Seiten zu geben; — denn sie heben an den angeführten Orten auch nicht heraus, was doch ohne Zweifel stets der Fall war, daß die Testamentszeugen rogirt und nicht wider Willen gegenwärtig seyn durften, — bei der **manci-**

43) fr. 40. pr. D. de V. S. Vergl. mit fr. 238. §. 1. D. eod.

patio der **nuncupatio**, als etwas Allen Bekanntem, sich von selbst Verstehendem, mit dem Hauptgeschäfte selbst Ineinanderfließendem nicht besonders gedacht haben, während sie sie bei dem **testamentum per aes et libram**, weil sie hier, auch formell ganz bestimmt und abgeschieden von dem in Schriften vorliegenden Hauptgeschäfte, rein in ihrer eigentlichen Gestalt hervortritt, bestimmt hervorhoben.

Dann wäre aber auch möglich, daß da, wo bei rein mündlicher Behandlung von Geschäften die **nuncupatio** mit diesen zusammenfloß, Das, was wir eigentlich so zu nennen haben, zur Zeit der genannten Juristen schon weggefallen gewesen wäre. Daß in der früheren Zeit überall bei dem **nexum**, wohl auch meistens bei der **denunciatio** ein feierliches Zeugenaufrufen den Schlußact ausmachte, das kann nach dem Vorigen schwerlich einen Zweifel leiden; daß diese Solennität aber später abkam und man sich mit der Gegenwart der Zeugen allein genügen ließ, ist sehr wohl möglich, ja sogar nicht unwahrscheinlich. Inzwischen ist doch bei dem Festhalten der Römer an allem Formellen, an dem sich das Recht zu freierer Gestalt heraufbildete, und da das gänzliche Schwinden fast aller Formen erst in die Periode nach Untergang des **ordo judiciorum privatorum** fällt, bedenklich, anzunehmen, daß dieses schon zur Zeit des G a j u s und U l p i a n statt gehabt haben sollte, und deshalb dürfte die zuerst gegebene Erklärung jenes erwähnten, auf den ersten Blick auffallenden Umstandes wohl vorzuziehen seyn, zumal sie auch mit der Absicht jener Juristen am besten zusammenzustimmen scheint, die Institute, die sie behandeln, bestimmt und klar, aber möglichst kurz nach der geschichtlichen Seite hin zu entwickeln.

Das Resultat des in diesem §. Ausgeführten für die ältere Zeit wäre also jedenfalls: D i e F o r m d e r D e n u n-

ciation bestand in Zuziehung von drei Feierlichkeitszeugen und einem in feierliche Worte gefaßten Aufrufe dieser, den Inhalt des feierlich vollzogenen Rechtsgeschäfts zu bezeugen, der nuncupatio. Nur ist nicht ausgemacht, ob die nuncupatio bei allen juristischen Denunciationen vorkam.

§. 12.

Fortsetzung.

Einiges gleichfalls die Form der Denunciation Betreffende ist hier ferner noch der Beachtung werth.

1) Wir finden, daß, während in den meisten Fällen Eine Denunciation für den Zweck ausreicht, in verschiedenen Fällen, worauf wir schon im Vorübergehen aufmerksam machten[1]), ein mehrmaliges Denunciiren nothwendig war. In diesen letzteren Fällen zeichnen die Gesetze meistentheils ausdrücklich ein dreimaliges Denunciiren vor[2]). In einigen Fällen sprechen sie blos von einem saepe, frequenter denunciare.[3]) Inzwischen haben wir in diesen Fällen ohne Zweifel eben so ein wenigstens dreimaliges Denunciiren zu verstehen, wie wir nach den Erörterungen in dem vorigen §. überall da, wo von mehreren Denunciationszeugen die Rede war, die Nothwendigkeit der Anwesenheit wenigstens

---

1) §. 8. Note 3, 6, 9 und 13.

2) §. 8. Note 6. Sodann A, 6 und die Noten dazu, B, 11 und 12 und die Noten dazu, §. 10 die in Note 15 angeführten Stellen.

3) §. 8. A, 2. fr. 38. pr. D. de minorib. (4, 4.) A, 3. c. 4. C. de usur. pup. (5, 56.) Außerdem siehe auch c. 10. C. de pig. et hyp. (8, 14.) Vergl. §. 8. Note 6.

dreier Zeugen annahmen. Durch die Ausdrücke saepe, frequenter schon wird, genau genommen, unsere Annahme ganz offenbar eben so gerechtfertigt, wie durch die Bemerkung von Danz[4]), daß in mehreren Fällen auf der Zahl drei besonderes Gewicht zu liegen scheine, indem aus der dreimaligen Wiederholung einer Handlung auf einen bestimmten Willen geschlossen werden müsse, wofür er die dreimalige Emancipation des filius familias, das trinoctium usurpandi causa, die dreimalige Ausstellung des insolventen Schuldners vor dessen Verkaufe, die dreimalige Denunciation vor Verkauf des Pfandes, deren wir bereits gedachten[5]), anführt und wofür außer den übrigen schon angeführten und noch anzuführenden Denunciationsfällen, auch noch die dreimalige von den Fetialen dem feindlichen Volke zu gestattende Besinnungsfrist[6]) hätte beigebracht werden können. Zu zweifeln ist nicht, daß das sollenniter denunciare, dessen Paulus bei dem Verkaufe der fiducia, wenn das Nichtverkaufen bedungen war, gedenkt[7]), auf das dreimalige Denunciiren bezogen werden muß[8]), so daß ein feierliches und einfaches Denunciiren zu scheiden ist.

Sehen wir nach Dem, was wir schon beiläufig

---

4) Danz, Gesch. des röm. Rechts S. 173.

5) §. 8 Note 6. Sodann A, 6 und die Noten dazu.

6) *Dion. Hal.* II, 72.

7) *Paul.* R. S. II, 13, §. 5.

8) §. 8. Note 9.

erinnerten [9]), so ist nicht unwahrscheinlich, daß auch hier dies feierliche Denunciiren als das formellere nach und nach seltener geworden ist. Doch scheint es, als wäre es in einigen sehr wichtigen Fällen auch erst später aufgekommen [10]).

Ein allgemeines Princip aufzufinden, wo die eine und wo die andere Art der Denunciation angewandt wurde, ist schwierig. Wahrscheinlich beruhte die Anwendung der solennen Denunciation stets auf bestimmtem diese vorzeichnenden Gesetze. Betrachten wir die Fälle, wo sie zur Anwendung kam, so sind es solche, wo, wenn der Denunciation von Seiten des Denunciaten nicht nachgegangen ward, derselbe das Leben, die Freiheit, das Eigenthum, — die beiden ersteren können zu dem letzteren gerechnet werden, — verlor [11]), ferner wo er außergewöhnlicher Weise zu einer Klagerhebung bei Vermeidung eines rechtlichen Nachtheils gezwungen werden sollte [12]) und wo gegen ihn die Denunciation an der Stelle einer peremtorischen Ladung angewandt ward und darauf hin ihn Vermögensnachtheile treffen konnten [13]).

---

9) §. 8. Note 6. am Ende. *Paul.* R. S. II, 5. §. 1. c. 10. C. de pig. et hyp. (8, 14.) vergl. mit c. 3. §. 1. C. de jur. dom. impetr. (8, 34.)

10) §. 8. B. 11 und 12.

11) Außer den Fällen der vorigen Note vergl. fr. 4. D. de pign. act. (13, 7.) *Paul.* R. S. II, 5. §. 1. II, 13. §. 5. fr. 38. D. de minorib. (4, 4.)

12) c. 4. C. de usur. pup. (5, 56.)

13) Siehe vornämlich c. 7 und 9 C. quomodo et quando judex (7, 43.) *Paul.* R. S. V. 5 A. §. 7. Diese Bestimmungen hängen offenbar wohl zusammen mit der dreimaligen Ausstellung des

2) Sehr häufig kamen bei den Denunciationen schriftliche Aufsätze vor. Durchgängig waren diese dabei aber gewiß nie wesentlich; denn davon zeigt sich nirgends eine Spur und Mehreres spricht sogar in einer späteren Zeit, wo die Urkunden doch nur immer häufiger geworden waren, geradezu dagegen. So kann z. B. die Denunciation, wodurch man Jemandem eine Geschäftsführung untersagt, schriftlich wie mündlich geschehen[14]), so erscheint ferner der libellus repudii für die Auflösung der Ehe nicht wesentlich[15]). Man hat sich das Verhältniß der schriftlichen Urkunden zu dem Geschäfte selbst hier wohl etwa gerade so vorzustellen, wie bei der Stipulation, wo bekanntlich die Worte allein das Geschäft machten, wo aber doch schriftliche Urkunden immer gebräuchlicher wurden[16]). So auch ohne Zweifel aus denselben Gründen bei den Denunciationen, wo die darüber aufgenommenen schriftlichen Testationen in der Regel ganz wie Beweisdocumente behandelt und, wenn deren Aechtheit geleugnet und vom Denuncianten nicht auf irgend eine Art dargethan ward, als unbeweisend angesehen wurden[16a]). So kommen eine Menge Fälle vor, wo schriftliche Denun-

---

Insolventen, eigentlich mit der dreimaligen Frist, welche die Fetialen geben.

14) c. 24. C. de neg. gest. (11, 19.)

15) fr. 7. D. de div. et repud. (24, 2.) vergl. mit c. 6. C. de divort. (5, 17.)

16) Liebe, Ueber Stipulation §. 3.

16a) c. 4. C. de testib. (4, 20.) fr. 21. D. de his qui not. infam. (3, 2.)

ciationen erwähnt werden[17]), die meisten, wo schriftliches Denunciiren vorgeschrieben ist, gehören dem neueren, ja, dem neuesten römischen Rechte an[18]). Nothwendig scheint eine schriftliche Denunciation, wie es denn auch die Sache mit sich bringt, nur immer da gewesen zu seyn, wo der Denunciat abwesend war[19]), namentlich wo bei uns, um den Zweck zu erreichen, öffentliche Bekanntmachungen statt der Denunciation erfolgen[20]). Im ersteren Falle pflegte die Urkunde an das Haus des Denunciaten angeheftet zu werden, wie die in den zwei letzten Noten citirten Stellen namentlich ergeben.

Solche Urkunden konnten wohl Libelle genannt werden und wurden in der That, wie es scheint, mitunter so genannt[21]). Allein freilich hatten die Libelle einen bei weitem größeren Bereich; indem auch viele

---

17) §. 10. E. 1, 2. G. Note 10. H. 2. Dahin gehören auch alle die Stellen, wo von einem in testationem redigere die Rede ist, z. B. fr. 39. §. 1. D. de leg. III. (32.) fr. 8. D. pro derel. (41, 7.) fr. 1. §. 4. D. usufruct. quemadmodum cav. (7, 9.) u. s. w.

18) §. 8. A, 16 und 17. B, 12. §. 9. C. 5, 6 und 9.

19) fr. 2. D. de nautic. foen. (22, 2.) fr. 1. §. 1. D. de agnosc. vel alend. lib. (25, 3.) fr. 4. §. 5 und 6 D. de caut. damn. infect. (39, 2.) fr. 5. §. 2. D. quod vi aut cl. (43, 24.) c. 7. C. de divort. (5, 17.) c. 2. C. de ann. exc. (7, 40.) c. 31. C. de episc. aud. (1, 4.) Vergl. auch fr. 5. pr. D. de poenis (48, 19.)

20) *Paul.* R. S. II, 14. §. 6. c. 7. C. de repud. (5, 17.)

21) So wird von einem libellus repudii gesprochen fr. 7. D. de div. et repud. (24, 2.), wobei daran zu erinnern ist, daß das repudium eine renunciatio ist. fr. 2. §. 1. D. eod. So vertritt ein libellus die denunciatio bei Abwesenheit Dessen, welchem wegen einer cautio de damno infecto denuncirt werden sollte. fr. 4. §. 6. D. de caut. damn. inf. (39, 2.) So spricht der §. 156 der Fragm. Vat. von libellis contestatoriis.

andere Urkunden, Bittgesuche an die Kaiser, die oberen Beamten und Andere so genannt wurden. Wir sehen dies schon mit Leichtigkeit aus dem Brissonius[22]). Daß sie von großer Wichtigkeit waren, ergibt sich theils aus der Sache, theils aus dem Umstande, daß Paulus ein ganzes Buch de jure libellorum geschrieben hatte[23]). Wir haben es jedoch hier nicht mit den Libellen im allgemeinen zu thun, welche uns allenfalls blos rücksichtlich ihrer inneren Beschaffenheit interessiren, deshalb wenden wir uns zu den über Denunciationen aufgenommenen zurück. Sie heißen mit ihrem eigentlichen und gewöhnlichen Ausdrucke **testationes**[24]), **instrumenta testationis**[25]), **contestationes**[26]), **attestationes**[27]). Diese Benennung erklärt sich ganz von selbst, wenn wir uns zurückerinnern, daß die **testatio** einen wesentlichen Theil jeder Denunciation machte, ja, daß die ganze Denunciation nach einem erweiterten Sprachgebrauche so genannt werden konnte.

3) Soviel die innere Beschaffenheit der Testationen anbelangt, so ist klar an sich, und durch die Quellen, daß sie hinreichend rechtlich begründet, (§. 11. Nr. 2. Note 26.) bestimmt und zeitig bewirkt seyn mußten[27a]). Na-

22) *Brisson.* s. v. libellus.

23) fr. 11. D. de legationibus (50, 7).

24) fr. 4. D. de pignoribus (20, 1.) fr. 4. D. de fide instr. (22, 4.) und die Stellen in Note 17.

25) c. 12. C. de contrah. emt. (4, 38.)

26) c. 7. C. de repud. (5, 17.) vergl. mit *Paul.* R. S. II, 14. §. 6.

27) c. 11. §. 1. C. depos. (4, 34.) „In scriptis attestatio."

27a) fr. 38. pr. D. de minorib. (4, 4.): „Dicebam, posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denunciando post diem, quo placuerat esse commissum etc."

mentlich die Nothwendigkeit der Bestimmtheit der Denunciationen ist aus den Einzelnheiten, welche in so fern die Gesetze enthalten, klar. Wer z. B. den Anderen des Ehebruchs anschuldigte, mußte, wenn auch nicht den Richter, wo er klagen wollte, doch daß und warum er klagen wollte, dem Anzuschuldigenden denunciiren[28]). Dies ergibt sich ferner aus der speciellen Beschaffenheit, welche die Libelle haben müssen, durch welche Der, welcher zum Vormunde ernannt ist, einen potior benennt, diesem denunciirt[29]). Andere Beispiele finden sich schon früher bemerkt[30]).

4) Die Denunciation bewirkte entweder der Denunciant selbst, oder er denunciirte durch einen Procurator oder Sclaven[31]), auch wohl einen Freigelassenen[32]). Aber auch durch das Gericht oder sonst eine Behörde konnte wenigstens später denuncirt werden. So vertritt namentlich bei dem beabsichtigten Verkauf des Pfandes durch den Gläubiger das Bekanntmachen durch das Gericht an den abwesenden Schuldner die Denunciation[33]). So wird auch die bestimmte Erklärung Jemandes vor Gericht in Bezug auf eine die andere Partei betreffende Handlung als eine Denunciation betrachtet, wie aus den Ausdrücken der Quellen,

---

28) fr. 17. pr. §. 2. und 3. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.) Vorzüglich vergl. für Ehebruchssachen, so wie für Criminalsachen überhaupt. fr. 3. pr. §. 1, 2 und 3. D. de accus. (48, 2.)

29) Fragm. Vatic. §. 156, 162, 166 und 167, vergl. mit §. 210.

30) Vergl. den vorigen §. Note 11.

31) fr. 17. §. 4. und 5. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

32) fr. 9. D. de div. et repud (24, 2.)

33) c. 3. §. 2. C. de jur. domin impetr. (8, 34.)

protestari, apud acta contestari sich ergeben dürfte[34]). So verordnete ferner Constantin für alle einen Proceß einleitende Denunciationen, daß sie, um Betrug zu vermeiden, durch Behörden geschehen sollten[35]). Es kommt auch in den vaticanischen Fragmenten ein denunciare ex auctoritate vor, was wahrscheinlich hierher gehört[36]). So kommt endlich wieder umgekehrt, wie wir schon sahen, (§. 9. C. 9.) auch vor, daß, wo statt durch die gewöhnliche Proceßeinleitung mittelst Insinuation des libellus conventionis im ungewöhnlichen Falle blos durch das Uebergeben eines Klaglibells bei einer Behörde die Verjährung oder Ersitzung unterbrochen wird, im Nothfalle, wo keine Behörde vorhanden ist und keine Tabularien zu haben sind, drei Zeugen die Behörde vertreten[37]).

Bei uns ist das außergerichtliche Denunciiren ganz verschwunden und das gerichtliche, wo ein solches noch gebräuchlich ist, an die Stelle getreten, wie sich später noch bestimmter ausweisen wird. Ja, schon zur Zeit der Glossatoren waren dergleichen private Verkündigungen außer Gebrauch gekommen[38]). Daraus erklärt sich leicht, wie die ganze Lehre, welche doch manche praktische Beziehung bietet, bis auf die neueste Zeit so sehr hat vernachlässigt bleiben können.

34) fr. 1. § 4. D. quod legat. (43, 3.) c. 3. C. de fide instr (4, 21.) c. 32. C. de episcop. aud. (1, 4.)

35) c. 2. C. Th. de denunc. (2, 4.)

36) Fragm. Vat. §. 167.

37) c. 2. C. de ann. exc. (7, 40.)

38) Vergl. die Glosse zu c. 11. §. 1. C. depos. vel contra (4, 34.)

5) Denunciirt wurde in der Regel dem Denunciaten selbst, doch konnte Nothfalls die Denunciation auch dem Procurator, den Freunden, der Ehefrau desselben, den Inquilinen, endlich konnte sie, wie wir sahen, ad domum geschehen[39]). Waren Mehrere, denen denunciirt werden mußte, so war nothwendig, an jeden Einzelnen besonders die Denunciation zu bewirken[40]). Den Magistraten während ihrer Amtsführung konnte so wenig, als sie verklagt werden konnten, zum Behufe eines Processes denunciirt werden; doch war es von Nutzen zu testiren, daß man ihnen nicht denunciiren könne, indem dann der Effect der später geschehenden förmlichen Denunciation auf jenen Moment zum Vortheile des Denuncianten zurückbezogen ward[41]).

Sollte der denunciationis vigor[42]) eintreten, so mußten die in diesem und dem vorigen §. auseinandergesetzten Requisite nothwendig beobachtet seyn; doch die Requisite unter 1. und 2. dieses §. lediglich, wo sie besonders vorgezeichnet waren.

§. 13.

Die Nunciationen.

Bevor wir unsere Untersuchung über das Wesen der Denunciation weiter fortsetzen, ist noch Eins zur Sprache zu bringen, was zugleich erklären mag, weshalb wir da, wo wir die Denunciationen in Classen aufzählten, von der operis novi nunciatio, so wie von der nunciatio ad fiscum nichts gesagt haben.

---

39) fr. 5. §. 2, 3 und 4 D. quod vi aut cl. (43, 24.) fr. 4. §. 5. D. de caut. damn. infecti (39, 2.) *Cic.* pr. Quint. 17.

40) fr. 85. §. 5. D. de V. O. (45, 1.) Vergl. mit c. 1. C. Th. de denunc. (2, 4.)

41) fr. 5. §. 7. D. de O. N. N. (39, 1.)

42) fr. 62. §. 1. D. de evict. et dupl. stip. (21, 2.)

Es ist nämlich auffallend, daß bei der operis novi nunciatio fast durchgängig[1]), bei der nunciatio ad fiscum durchgängig, der Ausdruck nunciatio in den Digesten sich findet[2]), daß dagegen in dem Codex[3]) bei ersterer zwar in dem Eingange der Stelle dieser Ausdruck festgehalten, sodann aber stets das Wort denunciatio und denunciare gebraucht worden ist. Daß ursprünglich, um die operis novi nunciatio zu bezeichnen, denunciatio schwerlich gebraucht worden, daß dies vielmehr erst später vorgekommen ist, darauf scheint hinzuweisen, daß die älteren in dem betreffenden Digestentitel benutzten Juristen, Javolenus, Julian, Gajus, Africanus und Marcellus, ihn nicht anwenden, vielmehr erst, und zwar blos ausnahmsweise, Ulpian[4]) und Paulus, auch einmal Papinian[5]). Daraus geht mit ziemlicher Klarheit hervor, daß, wie noch später bei der nunciatio ad fiscum, so gewiß früher auch bei der operis novi nunciatio nunciare der eigentliche und einzige Ausdruck gewesen ist. Dann wirft sich uns aber rücksichtlich der beiden erwähnten Nunciationen nothwendig die Frage auf, weshalb sie so und nicht denunciationes hießen und woher bei der operis novi nunciatio der spätere abweichende Sprachgebrauch entstanden seyn mag?

Was nun den ersten Punct betrifft, so ergeben die Gesetze nirgends auch nur die leiseste Andeutung für dessen Auf-

1) In dem tit. D. de op. nov. nunc. (39, 1) ist lediglich fr. 5. §. 5. und 10, vielleicht noch §. 17. und dann fr. 19. der Ausdruck denunciare und denunciatio gebraucht.

2) Siehe den tit. D. de jure fisci. (49, 14.)

3) Siehe den tit. C. de nov. oper. nunc. (8, 11.)

4) Ulpian nennt auch sonst die operis novi nunciatio eine denunciatio fr. 1. §. 7. D. quod vi aut clam. (43, 24.)

5) fr. 10. D. de divers. temporal. praescr. (44, 3.)

klärung, so daß uns, wenn wir nicht annehmen wollen, daß **nunciare** und **denunciare** ganz gleiche Geltung haben, was freilich möglich wäre, keine Zuflucht als die zu dem Sprachlichen bleibt, welches uns zu einer, wie es scheint, sehr einfachen Auflösung der Sache führt. Wir bemerkten nämlich schon früher (§. 2.), daß **nunciare** ein nicht feierliches Verkündigen bedeutet. Dann hätten wir aber jene Nunciationen, wenn auch nicht als ganz unfeierliche, doch gewiß als weniger feierliche zu nehmen. Wurde aber die **operis novi nunciatio**, und deshalb gewiß auch die **nunciatio ad fiscum**, nach dem früher (§. 2.) Ausgeführten vor Zeugen vorgenommen, so können wir uns dies weniger feierliche Verkündigen dabei nur so vorstellen, daß entweder hier wenigere als drei Zeugen ausreichten, oder daß die zugezogenen Zeugen nicht rogirte mannbare römische Bürger zu seyn brauchten, oder daß Beides zusammentraf. Es könnte auch seyn, daß dabei das feierliche Aufrufen nicht nöthig gewesen wäre. Möglich wäre Eins wie das Andere. Inzwischen ist der Sache nach nicht recht wahrscheinlich, daß man dabei rücksichtlich des feierlichen Aufrufens der Zeugen Etwas geändert haben sollte, weil dies in der Sache schwerlich Etwas gefördert haben würde. Wahrscheinlich ist, daß man in Betreff der Zahl oder Qualität der Denunciationszeugen Etwas nachließ, indem es bei der **operis novi nunciatio** darauf der Sache nach ankam, daß die Verkündigung möglichst schleunig vor sich ging, wie schon daraus hervorgeht, daß sie alle Tage vorgenommen werden konnte [6]. Drei Feierlichkeitszeugen mit allen Qualitäten waren wohl nicht in jedem Momente sogleich aufzutreiben. Genaueres läßt sich nicht ausmitteln.

---

6) fr. 1. §. 4. D. h. t.

Was aber den zweiten Punct anbelangt, so läßt er, das eben Bemerkte als richtig vorausgesetzt, eine doppelte Erklärung zu. Entweder man zog später bei der **operis novi nunciatio** aus Vorsicht, aber ohne rechtlich dazu gezwungen zu seyn, wo sie zu haben waren, auch drei, vielleicht selbst rogirte männliche Zeugen zu, wie bei den übrigen Denunciationen, und darnach änderte sich nach und nach der Sprachgebrauch, oder dieses geschah, indem man nach und nach bei den anderen Denunciationen die feierliche Form nicht mehr beobachtete und deshalb die **operis novi nunciatio** sich von diesen nicht mehr schied.

Das Erstere scheint jedoch das Wahrscheinlichere nicht nur deshalb, weil selbst in dem Eingange des betreffenden Codextitels noch, so wie in der Ueberschrift desselben, der Ausdruck **operis novi nunciatio** beibehalten und in dem betreffenden Digestentitel gleichfalls fast durchgängig gebraucht ist, wo man doch sicher, wenn kein rechtlicher Unterschied mehr zwischen dieser Nunciation und den übrigen Denunciationen vorhanden gewesen wäre, überall **denunciatio** gesagt und respective **nunciatio** in **denunciatio** verwandelt haben würde, sondern auch, weil uns der consequente Gebrauch des **nunciare** in dem Digestentitel **de jure fisci** mit höchster Wahrscheinlichkeit, wenn nicht mit Gewißheit, darauf hinführt, daß noch später ein merklicher rechtlicher Unterschied zwischen **nunciare** und **denunciare** vorhanden war. Dann würden nach der formellen Seite jedenfalls die zwei gedachten Nunciationen von den übrigen Denunciationen zu scheiden seyn.

Wäre dieses richtig, so folgte aber auch daraus mit hoher Wahrscheinlichkeit, daß man bei den Denunciationen bis in die späteste Zeit die ursprünglich ohne Zweifel erforderlichen feierlichen Formen ohne sonderliche Veränderung beobachtete.

Daß sonst in der Form der operis novi nunciatio ein Unterschied vorhanden gewesen wäre, läßt sich schwerlich nachweisen. Namentlich wurde auch bei ihr eine Testation aufgenommen [7]).

§ 14.

Die legis actio per condictionem.

Mit den gewonnenen Resultaten im Auge wollen wir zur Untersuchung des Wesens der legis actio per condictionem zurückkehren.

Wir wissen jetzt aus der trefflichen Darstellung des Condictionensystems durch Savigny [1]), daß die gesammten Condictionen die stricti juris actiones sind, wie wir sie jetzt zu nennen pflegen, welche den bonae fidei actiones zwar, wo sie sich auf ein incertum beziehen, sich nähern, aber im Systeme ihnen doch immer entgegenstehen und auch einzeln durchgängig verschieden processualisch behandelt werden und zu verschiedenem Resultate führen. Der Grund der strengeren, für den Kläger günstigeren Behandlung dieser Klagen lag in dem größeren Vertrauen, was dieser durch Eingehung und Vollziehung solcher Geschäfte, aus denen Condictionen entstehen, dem Beklagten bewies. In Folge dieser Geschäfte geht nämlich, anders als bei anderen Contracten, Etwas aus dem Eigenthume des Gläubigers und Klägers in das des Schuldners und Beklagten über.

---

7) fr. 8. §. 1. D. h. t. fr. 1. §. 7. D. quod vi aut cl. (43, 24.)

1) Savigny, System des heutigen röm. Rechts. Bd. V. Beilage XIV. Mit Dem, was ich für meinen Zweck nur dürftig zu Begründung der Ansicht Savigny's über die Condictionen zusammengestellt hatte, trete ich gern ganz zurück. Ich würde doch nur wiederholen können, was jetzt so gründlich als klar ausgeführt vor uns liegt.

Das ganze Condictionensystem, wie wir es eben in kürzester Weise andeuteten und wie wir es zur Zeit des **ordo judiciorum privatorum** finden, entwickelte sich aber nur nach und nach, zur Zeit der Legisactionen trat es nur in einem engeren Kreise hervor; denn wir dürfen nicht bezweifeln, daß es sich da auf **certa pecunia credita** und **certae res creditae** beschränkte. Nur diese finden wir dort besonders hervorgehoben [1a]).

Wenn wir nun eine Annäherung der processualischen Behandlung der Condictionen an die der **bonae fidei actiones** lediglich da bemerken, wo Gegenstand der Condictionen ein **incertum** ist, so ist es klar, daß zur Zeit der Legisactionen, wo dieses noch gar nicht der Fall war, der Gegensatz zwischen Condictionen und **bonae fidei actiones** noch viel strenger seyn mußte, als in der späteren Zeit.

Ist aber selbst noch später, wie wir bemerkten, eine verschiedene processualische Behandlungsart beider Arten von Klagen nicht zu verkennen, so müssen wir nothwendig erwarten, daß eine solche Verschiedenheit da noch viel weniger fehlen konnte, wo die Gegensätze beider viel greller waren.

Diese Verschiedenheit in der processualischen Behandlung beider, welche sich sofort dadurch zeigt, daß für **pecunia certa** und **res certae** sich eine ganz besondere Art zu klagen, die **legis actio per condictionem**, bildete, müssen wir jetzt untersuchen und herausheben; denn hier dürfte sich noch Allerhand herausfinden lassen, was wir bei Savigny, welchem Dieses ferner lag, nicht herausgehoben finden.

Dabei können wir nicht umgehen, einen kurzen Rück-

1a) *Gaj.* IV, 19.

blick auf die Art, wie die Processe in ältester Zeit begonnen wurden, zu werfen.

Die regelmäßige Weise, einen Proceß einzuleiten, war bekanntlich in ältester Zeit die in jus vocatio. Sie war lediglich ein von dem betheiligten Privaten vorgenommener Aufruf an Beklagten, ihm zum Magistrate zu folgen, welcher, wenn Beklagter nicht folgte, dem Kläger das Recht gab, ihn mit Gewalt in jus zu schleppen. Um Gewalt gegen den Vocirten anwenden zu können, wenn er nicht freiwillig ging, oder durch vadimonium der Nothwendigkeit zu folgen auswich[1b]), mußte aber eine antestatio vorausgehen[2]). Diese geschah, wie wir wissen, in der Art, daß man einen freien[3]), mannbaren[4]), römischen Bürger an dem unteren Theile des Ohres berührte und ihn zum Zeugnisse eines Vorganges aufrief[5]). Es wird zwar auch mehrerer antestati gedacht[6]), doch kommt gewöhnlich nur Einer vor[7]), so daß also eine Mehrzahl nicht nothwendig, ja, wohl nicht einmal gewöhnlich war[8]). Ging der Vocirte freiwillig, oder machte vadimonium,

---

1b) *Plaut.* Pers. II, 4. v. 18. vergl. mit tit. D. in jus vocati (2, 6).

2) *Acron* und *Porphyr.* ad Hor. Sat. I, 9. v. 75. sqq.

3) *Plaut.* Cur. V, 2. v. 23. sqq.

4) *Prisc.* ap. Putsch. pag. 792.

5) *Hor.* Sat. I, 9. v. 75. sqq. und die Note 2. angeführten Scholiasten

6) *Acron* a. a. O. Nicht dafür anzuführen ist *Liv.* III, 44: „Vocat puellam in jus auctoribus, qui aderant, ut sequeretur;" denn wenn auch der Ausdruck auctoribus für Zeugen zu nehmen ist, so ist doch von einer antestatio derselben keine Rede, welche ganz unnöthig gewesen seyn würde, weil die Vocirte in jus zu gehen sich nicht weigerte.

7) Dies zeigen schon hinreichend die Note 2, 3 und 5 angeführten Stellen, so wie einige noch anzuführende.

8) Die antestatio, welche schon *Cujac.* obs. VII, 16. ganz richtig aufgefaßt hat, ist nicht mit den übrigen Testationen oder Denunciationen zu verwechseln. Diese letzteren betreffen die Hauptsache

so war dann doch wiederholter Aufschub oft nicht zu vermeiden [9]), was um so natürlicher war, als durch die in jus vocatio der Beklagte noch nicht nothwendig den Grund der Vocation erfuhr, ja, wohl meist vor dem Erscheinen in jure davon keine Kenntniß erhielt [10]), und es sich fragt, ob dies, selbst wenn vadimonium gemacht ward, vollständig geschah [11]). Jedenfalls gab es also bei der in jus vocatio allerhand Aufschub. In mannigfacher Hinsicht war sie eine unpassende Proceßeinleitungsform. Kam es zur Anwendung von Gewalt, was in frühester Zeit selbst bei Kranken und Greisen geschehen konnte [12]), so war dies ein offenbarer Mißstand, und früher kam das doch sicher oft genug vor, da noch Horaz davon wie von etwas Gewöhnlichem spricht [13]). Konnte der

---

selbst, bestimmen deren Inhalt und sind also dem Inhalte nach selbst nach allen Seiten bestimmte, feierliche Acte. Die antestatio war, als eine blos vorläufige, den Inhalt der Hauptsache, derentwegen in jus vocirt wird, nicht berührende testatio, eine zwar symbolische, aber nicht feierliche Handlung, der antestatus kein Feierlichkeitszeuge, wie sich schon daraus ergibt, daß bei der antestatio keine gewisse Mehrzahl von Zeugen zugezogen werden muß.

9) *Cic.* pr. Quinct. c. 5. s. f., c. 6, c. 16; ad Attic. II, 7; ad fam. II, 8. Epit. Liv. 86.

10) *Plaut.* Pers. IV, 9. v. 8 und 9. Vergl. mit fr. 15. D. rat. rem. hab. (46, 8.)

11) Das Gegentheil pflegt zwar angenommen zu werden, z. B. von Zimmern, RG. Bd. III. §. 112; allein ein Beweis dafür scheint nicht in dem fr. 1. pr. D. de ed. (2, 13) zu liegen; denn was bei Beginn der eigentlichen Proceßverhandlungen nothwendig war, war es noch nicht vorher. Jedenfalls war bei dem Vadimonium nicht von einem Ediren der Instrumente die Rede, was mit dem Ediren der Klage gewiß schon sehr früh verbunden war. Nov. Valent. III. 2 tit. 35. §. 14.: „Quod et scitis veterum principum continetur." Die Angabe des Werthes des Proceßobjectes reichte bei dem Vadimonium wohl aus.

12) Z. B. *Gell.* N. A. XX, 1.

13) *Hor* Sat. I, 9.

Kläger Gewalt nicht anwenden, was doch sehr möglich blieb, wenn er zu schwach war, oder wenn ihm später nicht zugelassen wurde, Jemanden aus seiner Behausung gewaltsam herauszuschleppen[14]), oder überhaupt gewisse Personen in jus zu duciren[15]), deren eine der Beklagte etwa war, so waren dies auch unangenehme Hemmnisse, welche nach Umständen dem Kläger sehr schwierig, ja, selbst unmöglich machen konnten, zu seinem Rechte zu gelangen. Selbst daß die antestatio keinen vollen Beweis lieferte, da gewöhnlich blos Ein antestatus zugezogen ward, wie wir sahen, war unangenehm und setzte leicht den Kläger einer lästigen Injurienklage aus[16]). Auch die Vadimonien waren gewiß durch allerhand Formalitäten nicht nur höchst unbequem[17]), sondern auch, was sicher damit zusammenhing, schwierig zu concipiren[18]). Dazu kamen noch die schon gedachten Befristungen.

---

14) fr. 18, 19, 21. D. de in jus voc. (2, 4.)

15) *Val. Max.* II, 1, nr. 5. fr. 4. sq. fr. 21. pr. fr. ult. et penult. D. eod. §. 3. J. de poena temere litig. (4, 16.)

16) *Acron* zum Horat. a. a. O.

17) *Aurel. Vict.* de Caes. Marc. 16.: „Legum ambigua mire distincta, vadimoniorumque solemni remoto denunciandae litis operiendaeque ad diem commode jus introductum.“ Das vadimoniorum solemni remoto mag nun, was uns hier nichts angeht, heißen, die Vadimonien mit ihren Feierlichkeiten, oder die Feierlichkeiten, welche früher mit den Vadimonien verbunden waren, wurden abgeschafft, — im letzteren Falle wären die Vadimonien, aber nur als unfeierliche, geblieben, — so steht doch fest, daß die Vadimonien mit Formalitäten verbunden waren. Wie dies Zimmern, RG. Bd. III. §. 117 Note 3, leugnen mag, ist nicht recht wohl begreiflich, da solemne dies speciell bezeichnet; z. B. *Gesner*, Thes. l. l. und *Dirksen*, Man. s. v. solemnis Daß wir von den Solemnitäten der Vadimonien nichts Näheres wissen, kann doch nicht als Grund dafür gelten, daß es überhaupt keine gab.

18) *Cic.* ep. ad Q. fratr. II, 15. (14.) Das Förmliche ist immer,

Das Bedürfniß, an der hiernach theils rohen, theils unbequemen und unsicheren Proceßeinleitungsart Allerhand abzuändern, konnte nicht allzu lange ausbleiben. Dies zeigt sich nicht nur an den schon gedachten späteren Einschränkungen der ursprünglichen Strenge der in jus vocatio, sondern auch an der in factum actio, welche der Prätor gegen Den gab, welcher nicht gehörig der in jus vocatio Folge leistete[19]).

Inzwischen war auch eine solche Klage nicht ausreichend, um alle Uebelstände zu heben, weil bei ihr doch immer wieder dieselben vorkommen konnten, da sie abermals nur mittelst in jus vocatio durchzusetzen war[20]).

Das Unzweckmäßige, was hier allenthalben hervortrat, war aber vorzugsweise fühlbar in gewissen Fällen, wo es, aus dem in dem Eingange des §. angegebenen Grunde, darauf ankam, schleunig zum Zwecke zu gelangen und zwar vorzugsweise, wo Jemand sein geliehenes baares Geld bedurfte und zurück haben wollte[21]). Hier durfte der Kläger nicht lange aufgehalten und so sein dem Beklagten bewiesenes Vertrauen getäuscht, vielmehr mußte ihm schleunig zu dem Seinigen verholfen werden, wenn der Verkehr nicht offenbarer Störung ausgesetzt seyn sollte. Ein solcher unpassender Aufenthalt lag nun aber hier vornämlich in der Proceßeinleitung; denn stand der Beklagte einmal vor dem Magistrate, so ge-

---

wie wir auch bei den Legisactionen sehen (*Gaj.* IV, 30.), schwierig und lästig. Dies mag dann also auch die Veranlassung zu der späteren Umänderung gegeben haben.

19) *Gaj.* IV, 46. fr. 2. §. 1. und fr. 2. D. si quis in jus voc. (2, 5.)

20) Zimmern, RG. Bd. III. §. 111. Note 7 und 8.

21) Savigny a. a. O. S. 576. Aus denselben Gründen, wie er, beschränke ich die condictio ex lege Silia auf dargeliehenes Geld.

stand er entweder und dann war der Verlauf des Processes ein sehr rascher[22]), oder es kam zum Beweise, wo sich in der Regel der Kläger gewiß auch im Voraus vorsah, um seine Sache nicht unnöthig in die Länge ziehen zu lassen. Wo nicht, so lag das blos an ihm und er konnte sich nicht beschweren.

Zur Beseitigung des Aufenthaltes bei dem Beginne des Processes würde nun aber die Denunciation, von der wir bereits bemerkten, daß sie als Proceßeinleitungsform gebraucht worden sey, (§. 10. K.) sehr wohl anwendbar und als die gebildetere, sicherer und schneller zum Ziele führende Form erscheinen, wenn sich darthun ließe, daß die Denunciation des Codex Theodosianus, hinweggedacht die offenbar erst später hinzugekommenen Weiterungen[22a]), im Wesentlichen mit der Denunciation der ältesten Zeit übereinstimmte, welche Annahme sich vornämlich dadurch zu rechtfertigen scheint, daß die Denunciation der späteren Zeit mit der gedachten ältesten Proceßeinleitungsart allerdings noch mannigfache Aehnlichkeit hatte, so daß sich ein unmittelbares Anschließen jener an diese nicht verkennen läßt.

Um die Hauptpunkte, welche dies darthun, herauszuheben, so war eine Folge des von Seiten des Klägers versäumten Vadimoniums das causa cadere[23]), eben so bei der Denunciation, wenn Kläger an dem denunciirten Tage ausblieb[24]). So war das Vadimonium in der

---

22) *Gell.* N. A. XX, 1.

22a) Z. B. die später gewiß erweiterten Fristen. Vergl. *Gaj.* II, 18. mit c. 3. C. Th. de dilat. (2, 7.) und Zimmern a. a. O. §. 143. Note 13 und 14. Vergl. auch Note 35 zu diesem §.

23) *Horat.* Sat. I, 9. v. 36 fgg. *Suet.* Calig. 39.

24) c. 1. und 2. C. Th. de temp. curs. (2, 6.) c. 2. C. Th. de secundo lapsu (11, 32.) *Symmach.* Ep. X, 52. Die in der c.

ältesten Zeit, wenn der Beklagte nicht sicher genug war, und auch noch später bekanntlich, in der Regel durch Bürgen zu bestellen[25]), eben so mußte der Denunciat in der Regel durch Bürgen sein Erscheinen sicher machen[26]). So mußte bei Bestellung des Vadimoniums der Beklagte wohl einige Notiz von der Klage bekommen, wie die Sache selbst ergibt, denn die Art des Vadimoniums richtete sich ja nach der anzustellenden Klage[27]). Jedenfalls bekam auch bei der Denunciation der Beklagte von der Klage Kenntniß, nur wohl hier genauer als dort[28]). Aber auch außer durch diese Aehnlich-

---

2. C. Th. cit. gedachte Entschädigung durch die Richter hätte sonst keinen Sinn.

25) *Varro* de LL. VI §. 74. *Gaj.* IV, §. 185 und §. 186.

26) *Nov. Valent.* l. c. §. 15. *Symmach.* Ep. I, 27. Da Valentinian nach Mark Aurel lebte, ehe die neueste justinianeische Proceßeröffnungsform eingeführt ward, so ist jedenfalls anzunehmen, daß er in besagter Stelle von einer Proceßeröffnung mittelst Denunciation spricht.

27) *Gaj.* IV. 185 und 186.

28) Es läßt sich dies wohl aus den Ausdrücken rationes exprimere (c. 6. C. Th. de denunc.) und denunciare actiones (c. 4. C. Th. de adv. fisc. (10, 15.) schon entnehmen, wie Bethm. Hollweg, Handb. d. Proc. Bd. I S. 249. Note 14. bemerkt; allein der vollständigere Beweis scheint darin zu liegen, daß, wie wir unten ausführlich zeigen wollen, die meisten ursprünglich mit der Litiscontestation verbundenen Wirkungen später auf die Denunciation und dann auf die Mittheilung des ersten Decretes übergingen. Denn daß mit der in jus vocatio für die Rechtssache selbst keine Wirkungen weiter verbunden waren, als die Begründung der Competenz bei dem Gerichte, wohin der Beklagte gerufen ward, fr. 7. D. de jud. (5, 1.), dagegen mit der Litiscontestation alle bis auf die gedachte, das hängt doch sicher damit zusammen, daß Beklagter durch in jus vocatio von der Sache auch in der Regel Nichts erfuhr (Note 10. dieses §.), wohl aber in jure, in dem Momente der Litiscontestation. Wäre dies nicht bei der Denunciation schon früher geschehen, so würden darnach auch jene gedachten Wirkungen nicht schon mit ihr haben eintreten können.

keiten kann die Voraussetzung dadurch für erwiesen angesehen werden, daß die Römer überall und namentlich bei ihren Rechtsinstituten das Althergebrachte möglichst in seinen Grundlagen zu erhalten suchten und daran nur ganz nach und nach Einzelnes abänderten.

Kann darnach die Denunciation, welche bei der legis actio per condictionem zur Anwendung kam[29]), mit der des theodosischen Codex bis auf die Fristen als im wesentlichen gleich betrachtet werden, so haben wir jetzt nur noch zu zeigen, worin das Vortheilhaftere dieser Proceßeinleitungsweise vor der ältesten bestand. Dies wird aber nicht schwierig herauszufinden seyn.

Einmal ist klar, daß dadurch die Privatgewalt und die Hemmnisse und Schwierigkeiten, die dabei vorkommen konnten, ganz erspart wurden; denn kam Denunciat nicht, so war der Beweis seines Ungehorsams leicht vollständig herzustellen (§. 11. Nr. 1.), da zumal hier wohl meistens eine testatio in der Weise, wie wir es kennen lernten (§. 12. Nr. 2. und 3.), schriftlich aufgenommen wurde, und dann konnte gegen den Nichterscheinenden sofort als einen Ungehorsamen procedirt werden. Ohne Grund nimmt Mühlenbruch an[30]), daß es auch bei der legis actio per condictionem zu einem in jus rapere habe kommen können, wovon sich nirgends eine Spur findet. Schon der Sache nach ist es eine viel natürlichere Annahme, daß gerade umgekehrt die Privatgewalt durch die Denunciation vermieden wurde.

Sodann ist es klar, daß durch dieselbe die unbequemen und sicher nicht unschwierig zu concipirenden Vadimonien mit

29) *Gaj.* IV, 18.

30) *Heinecc.* antiq. rom. neueste Ausgabe. IV, 6. §. 22. S. 663.

ihren Formalitäten vermieden werden konnten; denn bei ihr kam nur, falls der Beklagte nicht sonst sicher war, ein einfaches, von aller Feierlichkeit freies Bürgenstellen dafür, daß er sich zur bestimmten Zeit in jure zur Richterwahl einstellen wolle, vor[31]). Darnach haben wir die in Note 17. dieses §. angeführte Stelle des Aurelius Victor jedenfalls wohl so zu verstehen, daß die Vadimonien von Marc Aurel nicht aufgehoben wurden[32]), daß er aber durch Einführung der schon längst gebräuchlichen Denunciation als der gewöhnlichen Proceßeinleitungsart dem Kläger die Sache bequemer und ihm möglich machte, die Formalitäten der Vadimonien in jedem Falle zu umgehen[33]). Daß nach dem Vorhergehenden, so wie nach Dem, was ferner noch zu erörtern ist, die Sache nicht so angesehen werden kann, als habe Marc Aurel die Denunciation ganz neu eingeführt, daß vielmehr angenommen werden muß, er habe nur einem schon bestehenden Institute eine allgemeinere Anwendbarkeit verliehen, versteht sich ganz von selbst und ist längst bemerkt worden[34]). Es würde auch etwas ganz Ungewöhnliches seyn, wenn derselbe, statt seine Verordnung an schon Bestehendes anzuschließen, etwas ganz Neues geschaffen und obendrein das längst bestehende Recht auf einmal ganz aufgehoben hätte.

---

31) Note 25. und 26. zu diesem §.

32) Das haben längst mit vollem Grunde bemerkt: Zimmern, RG. Bd. III. §. 117. Note 3. und Bethm. Hollw. a. a. O. §. 21. Note 6.

33) Schon Zenger, Ueber die Vadimonien der Römer S. 92, übersetzt vadimoniorum solemni remoto richtig, „bei dem Vadimonium ist das Solemne weggefallen," nicht „das Vadimonium mit seiner Solennität ist weggefallen." Nur kann man ihm sonst vielfach nicht beistimmen.

34) Zimmern a. a. O.

Ferner wurden durch die Denunciation die öfteren Befristungen der Vadimonien abgeschafft, so daß der Kläger schneller zum Ziele kam. Da nämlich durch diese Proceßeröffnungsart der Beklagte nach dem Bemerkten in der Hauptsache vollständigere Kenntniß von dem Klagvortrage erhielt, so konnte er bis zu dem Tage, welcher ihm durch die Denunciation bis zum Erscheinen in jure bestimmt ward, vollständig seine Vertheidigung präpariren, welche hier überhaupt in etwas Anderem als in einem directen Gegenbeweise schwerlich bestehen konnte, wie die späteren Entwickelungen ergeben werden. Deshalb war der festgesetzte Termin unerstreckbar[35]). Dies war aber für Rechtssachen, welche Eile hatten, von der größten Wichtigkeit.

Endlich war ganz vorzüglich wichtig, daß auch dem abwesenden Beklagten denunciirt und so auch ihm in jedem Falle bald ein Termin zum Erscheinen in jure bestimmt werden konnte (§. 12. Nr. 5.), was bei der in jus vocatio nicht so in gleichem Maße möglich war. Dies war aber um so wichtiger, weil dann der ausbleibende Beklagte wohl ohne Zweifel pro damnato geachtet und es gegen ihn zu schleuniger Execution gebracht werden konnte, wie dies schwerlich in den Fällen möglich war, wo der Proceß nicht durch Denunciation eingeleitet ward und der Beklagte dem Kläger ganz auswich, oder vocirt sich in jure nicht stellte. Schon wegen des dabei herzustellenden vollständigen Beweises, daß Be-

---

35) c. 4. C. Th. de denunc. (2, 4.) Die später ausnahmsweise, eigentlich wohl nur vom Kaiser verwilligte viermonatliche Frist (c. 1. C. Th. de temp. curs. (2, 6.) und *Symmach.* Ep. X. 59.), wurde sicher ursprünglich nicht, am wenigsten auf so lange, verwilligt. Darin unter anderem hatte also die Denunciation gewiß auch eine Aenderung erlitten.

klagter ungehorsam war, mußte es hier zu einem Verfahren durch Edicte oder litterae kommen[36]) und selbst wo Vadimonium gemacht war, kam es leicht zu Weiterungen[37]), welche abermals ein Edictalverfahren herbeiführen konnten. Daß ein solches einzuleiten und zu vollziehen von dem Magistrate, der darum erst angegangen werden mußte und dann cognoscirte, ob es statthaft wäre und jedenfalls dabei eher zu zögern als zu eilen geneigt war, abhing, war für den Kläger ein großer Nachtheil. Bei dem Denunciationsverfahren hatte er offenbar die Sache viel mehr in seiner Hand. Das Edictalverfahren scheint aber überdem immer weitschichtiger und beschwerlicher geworden zu seyn[38]), und war es gewiß schon

36) *Paul.* R. S. V, 5 A. §. 7. vergl. mit fr. 63—74 D. de jud. (5, 1.) und c. 7, 8 und 9 C. quomodo et quando jud. (7, 43.) Ob in der Stelle des Paulus die litterae auf den Fall zu beziehen sind, wo der Abwesende zu erreichen ist, oder auf den Fall, wo der Proceßrichter keine Edicte erlassen darf, bleibt zweifelhaft. Bethm. Hollweg a. a. O. §. 27. Note 5. Aber weshalb Hollweg a. a. O. §. 26. Note 34. die litterae und Edicte auf extraordinariae cognitiones bezieht, die dreimalige Denunciation auf das judicium, das verstehe ich gar nicht; denn aus *Paul.* a. a. O. §. 1. scheint mir dies nicht zu folgen und noch weniger aus c. 2. C. quomodo et quando judex (7, 43.), da diese Stelle offenbar nicht von einem Contumazfalle spricht, sondern davon, daß gegen den Anwesenden, welcher vor Gericht geladen ist und nicht kommt, dennoch eine Sentenz gegeben werden kann. Das scheinen die Worte „cessante quoque causa peremtorii edicti" klar genug zu ergeben.

37) Zimmern a. a. O. §. 115.

38) Nach den zwölf Tafeln scheint in Contumazfällen einfacher procedirt worden zu seyn; denn das post meridiem praesenti stlitem addicito bei *Gell.* N. A. XVII, 2. hat der Practiker über die Legisactionen und das Centumviralgericht S. 19. fgg. gewiß richtig auf einen Ungehorsamsfall bezogen. Es fragt sich nur, ob man wegen des addicito die Worte der zwölf Tafeln auf alle Streitigkeiten beziehen darf, oder blos auf solche, wo von einem Addi-

zur Zeit der Lex Silia, so daß schon um dieses zu vermeiden, ein Ausweg wenigstens in manchen Fällen erforderlich war. Diesen bot aber die Denunciation, wie schon Heffter und Zimmern nach der Lex Galliae Cisalpinae und einer Novelle Valentinian's annehmen[39]) und wie auch aus der in Note 36. angezogenen Stelle des Paulus zu folgen scheint[40]), wo die Denunciationen, welche dadurch abermals als gleichsam öffentliche Acte anerkannt werden, den Edicten im Effecte ganz gleichgestellt sind. Wenn hier aber drei Denunciationen verlangt werden, um gegen Jemanden als einen Ungehorsamen procediren zu können, so fällt dies in eine Zeit, wo auch dieses Contumacialverfahren schon weitläufiger geworden seyn mochte. Bei der ursprünglichen Einfachheit des Verfahrens war dies wohl nicht nöthig, Eine Denunciation mochte ausreichen, wie Ein Edict für alle drei auch noch später, wenn der Magistrat es als zweckmäßig im einzelnen Falle so anordnete, genügte[41]). Darauf weist uns auch der Umstand, daß bei der legis actio per condictionem die Denunciations-

---

ciren wirklich die Rede seyn kann (§. 15. Note 18.). Mit solchem Verfahren pflegt es übrigens so zu gehen, daß die große Strenge sich nach und nach mildert. Daß es hier so geschah, leidet wohl im Vergleich mit Note 36. keinen Zweifel.

39) Heffter, Gaj. Inst. comm. quart. pag. 14. Zimmern a. a. O. §. 143. Note 17. §. 151.

40) Ich beziehe die Stelle des Paulus auf das Contumacialverfahren überhaupt und die Denunciationen auch auf den Fall eines Versäumnisses des Litiscontestationstermins (Note 36.). Die Denunciationen sind hier aber gewiß private; denn erst Constantin schrieb ja vor, daß dieselben von einer Behörde ausgehen sollten (c. 2. C. Th. de denunc.). Eben deshalb sind freilich die Denunciationen im Tit. C. J. quomodo et quando judex (7, 43.) als von der Behörde ausgehende zu nehmen.

41) Die ersten Stellen in Note 36.

frist dreißig Tage, also die drei mal zehn Tage in sich schloß[42]), welche auch zwischen drei Edicten liegen mußten[43]). Erschien dann also nach der Denunciation der beklagte Denunciat nicht, um vor dem Magistrate seine Sache fortzusetzen, so konnte nun sofort gegen ihn als einen contumax verfahren werden, wie die Lex Galliae Cisalpinae es in dem ein und zwanzigsten Capitel für die Ungehorsamsfälle angibt, d. h. es stand nichts mehr im Wege, ihn sofort pro damnato zu achten und das Executionsverfahren gegen ihn zu beginnen, was, wie erwähnt, ohne alle Frage einer der wichtigsten Vortheile für den Kläger war, weil er auf diese Art die Beendigung seiner Sache so schleunig als nur möglich herbeiführen konnte.

Wie genau das Contumacialverfahren, dessen wir eben gedachten, überhaupt mit einem durch Denunciation eingeleiteten Verfahren zusammenhing, scheint sich auch dadurch zu bestätigen, daß man nach dem Rechte des Codex Theodosianus, wo die Denunciation die regelmäßige und vorzügliche Proceßeinleitungsform war, ein solches wie gegen den Beklagten sogar auch rückwärts gegen den Kläger anwandte. Zögerte er und erschien auf dreimalige conventio nicht, so verlor er den Proceß mit den Kosten[43a]).

Selbst für den Fall war aber die Denunciation vortheilhaft, wo ein Edictalverfahren nicht nothwendig war, denn

---

42) *Gaj.* IV, 18.

43) fr. 69. D. de jud. (5, 1.) Vergl. auch über die dreißigtägige Frist überhaupt meine Leg. Act. Sacr. Note 56.

43a) c. un. C. Th. de petit. et desist (10, 13.) Vergl. damit für das spätere Recht c. 13. §. 2. C. de judic. (3, 1.) und Nov. 53. c. 1. Dann aber auch Nov. 112. c. 3., wo man mit Umschweifen auf das ältere Recht zurückkam.

wenigstens bei der **sacramenti actio** in vielen Fällen kam es nicht gleich bei dem ersten Erscheinen **in jure** dazu, einen Richter zur Entscheidung der Sache zu bestellen, vielmehr wurde erst den am dreißigsten Tage darauf Wiederkehrenden ein Richter gegeben. War nun zumal **vadimonium** gemacht, vielleicht obendrein wiederholt, und die Parteien fanden sich endlich **in jure** ein, so war es eine dem Kläger gewiß häufig empfindliche Frist, wenn er nun erst wieder einen Monat warten mußte, bevor es dazu kam, daß das **judicium** angeordnet ward. Solcher Verzug wurde natürlich durch die Denunciation vermieden, durch welche sogleich von vorn herein der Tag zur Anordnung des **judicium** fest bestimmt war[43b]).

Daß das Verfahren mittelst Denunciation überhaupt vor dem älteren Verfahren mittelst **in jus vocatio** das bei weitem vortheilhaftere war, ergibt sich aber noch insonderheit dadurch, daß es durch Marc Aurel zum gewöhnlichen gemacht wurde und wir es noch nach dem theodosischen Codex als das regelmäßige erblicken[44]).

Ward nun durch die Denunciation, welche eigentlich nichts als eine dem Kläger vortheilhafte Umgestaltung der ältesten Proceßeröffnungsart ist, für sichere angemessene Proceßeinleitung und schleunigen Fortgang der Sachen gesorgt und war, wie wir bemerkt haben, dieses gerade bei **certa pecunia** am allernothwendigsten, so war es höchst natürlich, daß nach der **Lex Silia** dabei zuerst gestattet wurde, den Proceß

43b) Vergl. *Gaj.* IV, 15. mit 18. und siehe zur ersteren Stelle noch *Pseudo-Ascon.* in Verr. II, 1. §. 26. Orellische Ausgabe des *Cic.* V. 2. pag. 164.

44) Schon Zimmern a. a. O. §. 143. hat dies sehr gut begründet.

mittelst Denunciation zu beginnen[45]), nach welcher dann die **legis actio** hier **per condictionem** genannt ward[46]).

Daß bei jeder **res certa mutuo data** dann bald ein ähnliches Bedürfniß gefühlt ward, ist in keiner Weise zu verwundern, und so wurde durch die **Lex Calpurnia** auch auf alle solche Verhältnisse die **legis actio per condictionem** ausgedehnt[47]). Daß diese **Lex** jünger ist, als die **Lex Silia**, ist wohl ohne Bedenken anzunehmen, schon weil die letztere eher als jene von Gajus genannt wird, wenn wir selbst davon absehen wollten, daß die **pecunia certa credita** schon in den 12 Tafeln als processualisch bevorzugt anerkannt wird[48]) und daß daher höchst natürlich gefunden werden muß, wenn wir zunächst nur die Rechtshändel über geliehenes geprägtes Geld processualisch bevorzugt sehen. Wäre zu derselben Zeit bestimmt worden, daß **pecunia certa** und **res certae per condictionem** eingeklagt werden könnten, so würde das aber auch ohne Zweifel in Einem und demselben Gesetze geschehen seyn, nicht in zwei verschiedenen. Schon deshalb ist anzunehmen, daß die **Lex Calpurnia** die jüngere ist. Unseres Wissens zweifelt daran auch Niemand.

Wurde das Verfahren durch Denunciation nicht weiter ausgedehnt, so ist dies für die ältere Zeit ganz natürlich; denn wenn die Denunciation auch eigentlich blos als neugestaltetes Vadimonium betrachtet werden kann, so war der durch sie eröffnete Proceßgang doch so mannigfach für den Kläger vortheilhaft von dem älteren abweichend, daß uns nicht

---

45) *Gaj.* IV, 18.
46) *Gaj.* IV, 19. und §. 2. dieser Schrift.
47) *Gaj.* a. a. O.
48) *Gell.* N. A. XX, 1.

auffallen kann, wenn die immer streng am Alten festhaltenden Römer ihn für eine bedeutende Abweichung von der Regel hielten und nur nach und nach eine Ausdehnung so weit zuließen, als eine solche sich durch die Gesetze rechtfertigen ließ.

Was die Form der Denunciation bei der **legis actio per condictionem** betrifft, so ist wohl nicht zu bezweifeln, daß sie eine private vor drei männlichen rogirten Zeugen war, wie wir sie bereits oben (§. 11) kennen lernten; denn erst Constantin verordnete ja, daß jede einen Proceß beginnende Denunciation bei einer öffentlichen Behörde und durch dieselbe, oder wenigstens bei Jemandem, welcher das **jus actorum conficiendorum** habe und durch diesen bewirkt werden solle[49]). Das bezweifelt auch Niemand. — Was ihren Inhalt anbelangt, so enthielt sie nach dem Obigen nicht nur den Klaganspruch, sondern auch den Tag, wo der Beklagte **in jure**, um einen Richter zu wählen und sich geben zu lassen, erscheinen sollte. (Note 28 und 42 dieses §.)

Jetzt fragt sich nur noch, ob diese Denunciation, bevor sie an Denunciaten gelangte, **in jure** vorgetragen ward, wie zum Theil angenommen worden ist[50]), oder ob nachher, oder ob vielleicht gar nicht[51]).

Daß sie zuerst gleich von dem Magistrate vorgebracht worden wäre, scheint nun in mehrfacher Beziehung unwahrscheinlich. Welchen Sinn sollte dies überhaupt gehabt haben? Es kam bei der Denunciation überall darauf an, sie an den

---

49) c. 2. C. Th. de denunc. (2, 4.)

50) Mühlenbruch, Cession S. 79. fg. *Heinecc.* ant. j. rom. neueste Ausgabe S. 663.

51) *Heffter*, Gaj. Inst. comm. quart. pag. 14. Vergl. auch Zimmern, R.G. Bd. III. §. 43.

gegenwärtigen Beklagten selbst, war er aber nicht aufzutreiben, an dessen Procurator, dessen Ehefrau zu bringen, ad domum zu denunciiren (§. 12 Nr. 5). In jure war Denunciat aber anfangs natürlich nicht gegenwärtig. Nothwendig war ein solches Denunciiren in jure aber auch deshalb nicht, um etwa dadurch erst der Denunciation das feierliche Wesen zu verleihen, was sie nach unseren früheren Erörterungen allenthalben schon an sich selbst hatte. Ueberdem wäre dies auch wieder mehr ein Erschweren der Proceßeinleitung gewesen, anstatt daß es nach dem Vorigen in dieser Beziehung auf eine Erleichterung ankam. Um sicher zu seyn, daß auch wirklich am dreißigsten Tage nach der Denunciation der judex gegeben würde, bedurfte es dessen auch nicht; denn da reichte ja eine Anfrage bei dem Magistrate und Verständigung mit ihm vollkommen aus.

Am wahrscheinlichsten ist, daß eine Denunciation vor der Behörde der privaten Denunciation am dreißigsten Tage nachfolgte; denn daß sie gar nicht geschehen sey, ist deshalb unwahrscheinlich, weil nach Gajus die Legisactionen, mit Ausnahme der per pignoris capionem, vor dem Magistrate in Gegenwart beider Theile geschahen[52]):

„Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse. Quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur, id est, non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin aliquis ceteris actionibus non aliter uti possit, quam apud praetorem, praesente adver-

---

52) *Gaj.* IV, 29.

sario, praeterea nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.“

Diese Stelle will nun Mühlenbruch[53]) zwar so verstehen, als wäre die Gegenwart beider Parteien in jure keine absolute Bedingung aller Legisactionen gewesen, da Gajus blos sage, daß die per **pignoris capionem** von Einigen nicht darunter gezählt worden sey, weil sie gewöhnlich, ohne daß der Beklagte gegenwärtig wäre, geschehe, und allerdings sagt Gajus auch nicht, daß jene Momente eine absolute Bedingung aller Legisactionen sind, allein er sagt, daß sie von Einigen dafür gehalten wurden, und zwar aus dem Grunde, weil bei den sämmtlichen übrigen Legisactionen die Parteien **in jure** wirklich gegenwärtig waren. Wie sollten die Worte des Gajus „**cum alioquin aliquis ceteris actionibus non aliter uti possit,**“ etwas Anderes heißen können? Aus dem von Gajus angegebenen Grunde, welcher Einige zu dissentirender Annahme rücksichtlich der **pignoris capio** bestimmte, rechtfertigt sich also unsere obige Annahme und diese läßt sich mit Mühlenbruch gewiß nicht damit beseitigen, daß man sagt, Gajus habe bei dem Aussprechen des Grundes blos auf die noch zu seiner Zeit practischen Legisactionen gesehen, worunter die **pignoris capio** nicht gehört habe; denn dann würden die dissentirenden Juristen sicher auch jede andere **legis actio**, bei der es an jenen Momenten fehlte, und also ohne Zweifel die **per condictionem**, unter die Legisactionen nicht gerechnet haben und dies hätte uns Gajus dann gewiß ebenso, wie bei der **legis actio per pignoris capionem**, referirt. Statt dessen stellt er die Sache

53) Mühlenbruch, Cession S. 79. fg.

so hin, daß wir annehmen müssen, bei allen übrigen Legisactionen war unzweifelhaft, daß sie dies waren.

Dabei sehen wir noch ganz davon ab, daß ja eigentlich mit Ausnahme der **legis actio sacramenti** alle Legisactionen zu Gajus' Zeit unpractisch waren[54]). Dann ist aber nach Gajus mit Gewißheit anzunehmen, daß es an einem förmlichen Verhandeln der Sache selbst vor dem Magistrate bei der **egis actio per condictionem** nicht fehlen konnte, wenn der Beklagte erschien, und da scheint ferner die Annahme gewiß nicht unwahrscheinlich, daß der Inhalt der Denunciation vor dem Magistrate wiederholt, etwa mit der Edition der nöthigen Instrumente, falls sie schon in jener Zeit nothwendig war, verbunden und damit die Sache eingeleitet wurde. Wie dieses passender hätte geschehen können, ist nicht abzusehen, da nach dem früher Erörterten (§. 12 Nr. 3.) die Denunciationen in sich bestimmt seyn mußten und somit eine sachgemäße Einleitung, welche bei den Verhandlungen **in jure** nicht ganz fehlen konnte, abgaben.

Vielleicht waren die derartigen Denunciationen sogleich von vorn herein in die formellen Worte eingekleidet, welche das Wesen der **legis actio** ausmachten und genau das eine wie das andere Mal, nach dem Bemerkten ohne Zweifel auch bei der **legis actio per condictionem** vor dem Magistrate, gesprochen werden mußten[55]), vielleicht waren sie von vorn herein weniger förmlich gefaßt und wurden dann erst bei dem eigentlichen Beginne des Actionenverfahrens vor dem Magistrate in die nothwendige Form gebracht. Etwas Gewisses

---

54) *Gaj.* IV, 30.: „propter damnum vero infectum nemo vult lege agere.“

55) *Gaj.* IV, 11.

läßt sich darüber natürlich nicht mehr ausmitteln, wiewohl das Erstere wahrscheinlicher als das Letztere erscheint. Dann wurde möglicher Weise vor dem Magistrate zunächst erst unförmlich über die Sache verhandelt, obgleich dies theils nach der Ausführung am Ende des §. 7, theils nach dem Wesen dieser **legis actio**, wie es zu entwickeln noch versucht werden soll, kaum anzunehmen seyn möchte. Jedenfalls könnten die unförmlichen Verhandlungen hier am wenigsten für wesentlich geachtet werden.

§. 15.

Fortsetzung.

Gajus spricht sich dahin aus, daß die Klagen auf ein **dare oportere sacramento** oder **per judicis postulationem** hätten ausgemacht werden können, und daß daher sehr zweifelhaft sey, wie das Bedürfniß nach der **legis actio per condictionem** entstanden wäre[1]).

Da wir hiernach nur, wenn wir jene zwei erstgenannten Legisactionen recht scharf in ihren Gegensätzen auffassen, hoffen dürfen, weitere processualische Verschiedenheiten zwischen der **legis actio per condictionem** und den zwei anderen gedachten zu finden, falls überhaupt solche, außer der in dem vorigen §. erwähnten, bestehen, so wollen wir jetzt die beiden hauptsächlichen Legisactionen, **sacramenti** und **per judicis postulationem**, so kurz, als für diesen Zweck nothwendig, darzustellen suchen.

Der Verfasser dieser Schrift hat in einer früheren über die **legis actio sacramenti**[1*]) seine Ansicht nicht nur über diese

---

1) *Gaj.* IV, 20.

1*) Die Schrift ist betitelt: Ueber die **legis actio sacramenti**. In der Anzeige derselben von Hugo ist darauf aufmerksam gemacht, daß

Legisaction, sondern auch über die anderen Legisactionen und deren Zusammenhang unter einander ausgesprochen [2]) und ist bis jetzt noch im allgemeinen von der Richtigkeit des dort Ausgeführten überzeugt [3]), wenngleich gern zugegeben wird, daß

wohl besser gesagt wäre: legis actio sacramento. Da inzwischen *Gajus* IV, §. 13. selbst von der sacramenti actio spricht, so habe ich die früher gewählte Ausdrucksweise beibehalten zu müssen gemeint, da sich sacramento actio meines Wissens nirgends findet.

2) Dieselbe Schrift S. 90 bis 100.

3) Anzeigen, respective Recensionen dieser Schrift außer Hugo's Anzeige in den Gersdorf'schen Annalen und in der Halleschen Litteraturzeitung. Die Recension von Huschke (Kritische Jahrbücher von Richter und Schneider, 1839, S. 665 fgg.), welche mir nur erfreulich gewesen ist, hat sich im allgemeinen zu Gunsten nicht nur der aufgestellten Grundidee bei der legis actio sacramenti, sondern auch der Darstellung des Systems der Legisactionen ausgesprochen. Es dürften mehrere seiner Bemerkungen vollkommen gegründet seyn, rücksichtlich anderer kann ich ihm zur Zeit noch nicht beistimmen. Da ich mit gegenwärtiger Untersuchung die Arbeiten noch nicht geschlossen zu haben denke, welche ich mir über das System der Legisactionen vorgesetzt habe, so hoffe ich später noch passendere Gelegenheit zu finden, mich über jene Recension weitläufiger herauszulassen. Durch Huschke's Recension haben also meine Ansichten im allgemeinen nur Bestätigung erhalten. Die Schrift eines Practikers über die Legisactiones und das Centumviralgericht enthält zwar viel Scharfsinniges und Wahres, hat mich aber durchaus nicht von der Unrichtigkeit meiner Ansichten und der Richtigkeit der Ansichten dieses neuen Schriftstellers überzeugen können. Ich kann über diese Monographie hier im allgemeinen nur Folgendes bemerken: Es scheint mir, daß der Verfasser wohl gethan hätte, nicht nur im allgemeinen meine Schrift über die legis actio sacramenti besser als geschehen zu beherzigen, sondern vorzüglich was ich am Ende und namentlich in der Note 163. über die legis actio per judicis postulationem gesagt habe. Er würde dann, wie mir vorkommt, das Verhältniß dieser legis actio zu der sacramenti richtiger eingesehen haben und nicht auf den unpractischen und störenden Gedanken gerathen seyn, einmal der Darstellung des Gajus, auch gewissermaaßen des *Cic.* de repub. V, 2., so schmähliche Gewalt ganz ohne Noth anzuthun und dann gegen alle geschichtliche Entwickelung römischer

Vieles mehr oder weniger hypothetisch ist und wahrscheinlich auch bleiben wird. Darnach[4]) und nach Dem, was Huschke darüber ausgeführt hat[5]), übergehen wir auch hier die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem ganz.

Die legis actio sacramenti, welche ursprünglich auf einem Zweikampfe beruht zu haben scheint[6]), war bekanntlich die

---

Institute die Leser überreden zu wollen, ein patricisches Institut, wozu er die l. a. per judicis postulationem macht, habe im Verlaufe der Zeit den Sieg über ein plebejisches davon getragen, statt daß sich überall das Umgekehrte zeigt.

4) Meine leg. act. sacr. S. 90 bis 100.

5) Huschke in den Richter'schen Jahrb. a. a. O. S. 683. Vergl. auch Göttling, Geschichte der römischen Staatsverfassung. S. 359.

6) Dagegen hat sich zwar ganz neuerlich wieder Göttling in der eben angezogenen Schrift §. 75. Note 9. S. 162 und 163, theils weil das Duell zwischen Bürgern desselben Staates ein den Nationen griechischer Abkunft ganz unbekanntes Institut sey, theils verschiedener Einzelnheiten wegen, erklärt, welche hier um so weniger einzeln zu erörtern sind, weil, selbst wenn sie sämmtlich zugegeben werden müßten, dadurch doch noch nicht die Unrichtigkeit meiner Ansicht dargethan wäre. Was aber seinen ersten Grund anbetrifft, so scheint er mir nach Dem nicht durchzuschlagen, was er selbst a. a. O. §. 7. S. 9 und 10 ausführt. Er beweist nämlich mit sehr triftigen Gründen, „daß der Zweikampf zu Ausfechtung von Rechtshändeln kein Institut der Umbrer, was ich in meiner Schrift über die leg. act. sacram. S. 13 fg. annahm, sondern der Sabiner gewesen sey, fügt auch zur Bestätigung dessen noch bei, daß die Sabiner außerdem noch priesterliche Zweikämpfe gehabt hätten." Dies spricht, wie mir vorkommt, nur für, nicht gegen mich, ja, ich würde, wenn ich Göttling's Ansicht über den sabinischen Ursprung des Duells als Proceßschlichtungsmittel früher gekannt hätte, vorzüglich darauf meine Ansicht mit gebaut haben. Denn da die Sabiner, ein nicht griechischer Stamm, einer der Hauptstämme sind, aus denen das römische Volk bestand, obendrein der, von welchem das Stamm- und Familienrecht nach Göttling's ganz richtiger Darstellung ausging, also gewiß auch die Art der Ausgleichung der Rechtsstreitigkeiten über jene Rechte, so ist nach seiner eignen Dar-

allgemeine Proceßform. Sie wurde überall angewandt, wo nicht durch eine lex gewisse Sachen von diesem Verfahren ausdrücklich ausgenommen waren[7]). Zuerst waren dies aber wohl nur die Sachen, bei welchen durch pignoris capio verfahren wurde[8]). Die legis actio per pignoris capionem war zwar zunächst blos moribus eingeführt[9]); allein die mores standen der lex natürlich gleich. Sie ist älter als die manus injectio pura, welche gar nicht in das ursprüngliche Legisactionensystem gehört, sondern späteren Ursprungs ist[10]) und älter als die unter Servius Tullius entstandene judicis postulatio[11]), geschweige die condictio[12]); die

---

stellung, wie ich die Sache ansehe, nichts wahrscheinlicher, als daß ursprünglich bei den Römern der Zweikampf die Art und Weise war, Processe auszugleichen. Sollten die Sabiner, welche sich mit den Latinern und Etruskern in Rom verbanden, und welche mächtig genug waren, das Stamm- und Familienrecht siegreich durchzusetzen und einzuführen, geneigt gewesen seyn, die ihnen eigenthümliche, altgewohnte Art, jene Rechte geltend zu machen, aufzugeben? Das scheint mir höchst unwahrscheinlich. Im Uebrigen spricht auch Göttling's Darstellung für einen Lanzenkampf (§. 8. S. 11), wie ich ihn annahm. Er stimmt auch mit der von mir angenommenen Verwandtschaft zwischen hasta und hostis überein und stützt diese Annahme neu (§. 2. S. 3).

7) *Gaj.* IV, 13.

8) Die Einrichtung mit dem aes equestre und hordearium entstand unter Tarquinius Priscus (*Cic.* de repub. II, 20.) und mit ihr entstand wohl die l. a. per pignoris capionem.

9) *Gaj.* IV, 27.

10) *Gaj.* IV, 23. und Huschke a. a. O. S. 683. Die manus injectio als reines Mittel zur Execution der Erkenntnisse kannten schon die zwölf Tafeln (*Gaj.* IV, 21.), welche dadurch jedenfalls nichts Neues einführten.

11) *Dion. Hal.* IV, 25. Einstweilen auch meine leg. act. sacram. Not. 163.

12) *Gaj.* IV, 20.

ursprüngliche **manus injectio** war aber reines Executionsmittel und sofern sie daher im Verfolge eines Sacramentalprocesses eintrat, konnte sie diesen natürlich nie ausschließen. Daraus, so wie aus der Darstellung des Gajus und dem alterthümlichen Gepräge, welches die **legis actio sacramenti** durch ihre Formen an sich trägt, endlich und vorzüglich aus dem offenbar in ihr ruhenden religiösen Elemente, der Idee, daß der Unterliegende, welcher das Recht verletzte, die Götter versöhnen müsse, ergibt sich leicht, daß sie nicht nur die allgemeine, sondern auch die älteste Proceßform war[13]). In der frühesten Zeit war sie also die Form, durch welche Rechtsansprüche

---

13) Nicht nur daß Gajus sie als die **generalis actio** voranstellt und daß sie im Verhältnisse zu den übrigen Legisactionen gewissermaaßen als das Ordinarverfahren dasteht, macht das im Texte Gesagte wahrscheinlich, sondern auch ihre unbewegliche und alterthümliche Form, namentlich das symbolische Vindicien-Verfahren. Außer Zweifel gesetzt wird aber, daß sie die älteste **legis actio** war, dadurch, daß der Unterliegende die zu erlegende Summe zur Strafe verlor (*Gaj.* IV, 13.) und diese, um die Götter zu versöhnen, zu religiösen Zwecken verwandt wurde. *Varro* de LL. V, 180. *Festus* de V. S. pag. 265. Vergl. Göttling *a. a.* O. S. 357. fg. Damit hängt dann auch sehr gut zusammen, wenn wir annehmen, daß ursprünglich die Rechtssachen durch Zweikampf ausgemacht wurden. Die Idee dabei ist offenbar, daß durch den Tod oder die Verwundung der einen Partei die beleidigten Schützer des Rechtes, die Götter, nicht nur dessen Unrecht aussprechen, sondern auch versöhnt werden sollen. Tritt in gebildeterer Zeit ein ordentliches Beweisverfahren an die Stelle des Zweikampfes, so muß auch ein anderes Versöhnungsmittel an die Stelle des Todes oder der Wunden treten. Dies ist das **sacramentum**. Daß solche Proceßformen stets nur die der ältesten Zeit seyn können, dafür spricht nicht nur die Sache selbst, sondern auch die Vergleichung mit dem germanischen Rechte. Die anderen Proceßformen, bei denen diese Idee schon untergegangen ist, sämmtliche übrige Legisactionen, sind daher für jünger anzusehen. Vergl. auch meine **leg. act. sacram.** Offenbar konnte ja auch bis zu Servius Tullius das Proceßverfahren nicht ganz formlos seyn.

aller Art ausgeglichen wurden, so wie wir denn aus Gajus dies auch noch deutlich sehen, welcher nicht blos allgemein sich dahin auszusprechen scheint[14]), sondern auch namentlich alle Arten dinglicher und persönlicher Ansprüche[15]), sowie Rechtssachen, in denen es sich um die Freiheit handelt[16]), als solche anführt, welche durch die legis actio sacramenti ausgefochten wurden.

Die Sacramentalsachen, soweit nicht in frühester Zeit der König[17]), später der Magistrat[18]) darüber richtete, wurden

14) Dies scheint aus *Gaj.* IV. 14. hervorzugehen, wo Gajus ganz allgemein sagt: „Nam si de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoribus vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur etc." und dann auch noch von den Processen über Freiheit spricht. Darnach war keine Sache von dem Sacramentalverfahren ausgeschlossen.

15) Gleich der Anfang des §. 16. des vierten Buches der Institutionen des Gajus, wo auf die dinglichen Ansprüche übergegangen wird, weist auf vorher abgehandelte anderer Art ganz unzweifelhaft hin. Vergl. auch *Gaj.* IV, 20.

16) *Gaj.* IV, 14.

17) *Cic.* de repub. V, 2. Auch aus *Dion. Hal.* IV, 23. geht hervor, daß ursprünglich der König selbst, namentlich auch bei Besitzsachen, die Richtergewalt hatte und übte.

18) Ob die Decemviri stlitibus judicandis und die Centumvirn schon unter den Königen, oder wenn sonst sie zuerst existirten, das läßt sich mit Gewißheit nicht ausmitteln. Denn was dafür, daß sie schon zu Servius Tullius' Zeit existirt hätten, aus dem Zahlenverhältnisse entnommen worden ist, wornach drei Centumvirn aus jeder der servianischen dreißig Tribus die Zahl neunzig, mit den Centumvirn zusammen, hundert ausmachen und wornach sich als die Doppelzahl von neunzig 180 herausstellt, als wie viele Centumvirn später vorkommen, Göttling a. a. O. S. 241, 243 und der Practiker über leg. act. S. 45 fg. und was für jene Behauptung ferner aus der Analogie der Solonischen Gesetzgebung beigebracht worden ist, Göttling a. a. O. S. 241 fg., das wird stets nur eine schwankende Argumentation abgeben und die Stelle bei *Dion. Hal.* IV, 25. sagt davon ganz und gar nichts, wie bald noch genauer gezeigt werden soll. Vgl. einstweilen meine leg. act. sacr.

von den Decemviris stlitibus judicandis und dem Centumviralgerichte entschieden[19]). Wenn auch vor Einem judex sa-

Note 163. Viel eher würde passen *Dion. Hal.* XI, 30, wo von ἴσοι δικασταὶ die Rede ist, deren Gegenwart die Verwandten der Virginia bei der rechtlichen Entscheidung der Rechtssache dieser vermissen. Aber auf wen wäre der Ausdruck zu beziehen? Auf die Centumvirn, oder die Decemvirn? Denn auch die Letzteren werden auf eine plebejische Volksvertretung nicht ohne Grund bezogen (Huschke, Verfassung des Servius Tullius, S. 595. fg. und 606. Walter, Röm. Gesch. S. 721.), wenigstens nicht auf eine ausschließlich patricische. (Zumpt, Ueber das Centumviralgericht, S. 6.) Oder geht es auf beide? Oder auf keine von beiden, sondern auf eine uns unbekannte Vertretung der Plebejer? Oder ist es bloßer Redeschmuck? und wo nicht, wann vor der Katastrophe mit der Virginia waren denn die ἴσοι δικασταὶ entstanden? Ich mag so wenig hierbei bestimmt entscheiden, als darüber, ob die judices bei *Liv.* III, 55. die Centumvirn sind, wie Niebuhr, Röm. Gesch. Seite 473 Note 996 annimmt, oder ob judices mit decemviri verbunden gedacht werden muß, wie Göttling a. a. O. S. 242 Note 2 mit Huschke und Zumpt a. a. O. will, oder ob nicht doch am Ende die Litiscontestationszeugen (vergl. den Text im §. 7. von Note 9. an) unter den judices zu verstehen sind; denn sprachlich scheint mir Eins wie das Andere vertheidigt werden zu können, und lauter Magistrate sind bei Livius ja auch nicht aufgezählt. Doch scheint mir so viel höchst wahrscheinlich, daß, wenn wir die Notiz des Pomponius (fr. 2. §. 16. D. de orig. jur.), was wohl als gerechtfertigt betrachtet werden kann, als unbegründet übergehen, bei Dionys die ἴσοι δικασταὶ die Decemviri stlitibus judicandis sind und dann bei *Liv.* III, 55. die judices mit decemviri verbunden zu denken ist; denn unter den decemviri bei Livius, wie auch fast Alle annehmen, können wir doch füglich nur die stlit. judic. denken, deren Qualität dann durch den Beisatz judices sehr passend bezeichnet wird. Ist dies der Fall, so ist nicht wahrscheinlich, daß sie erst zur Zeit der L. Valeria Horatia entstanden, weil bei Livius sonst der neuen Entstehung wohl gedacht wäre. Waren sie aber damals schon vorhanden, so scheint das obige Verständniß des *Dion. Hal.* XI, 30. ganz natürlich und gegründeter, als wenn wir annähmen, Dionys spräche von den Centumvirn, deren so frühes Vorhandenseyn fast mehr als zweifelhaft ist, wenn man die nicht ganz bedeutungslose Notiz des *Festus* s. v. centumv. jud., welche auch mit der des *Varro* de R. R. II, 1. s. f. pag. 164. übereinzustimmen scheint, erwägt und

cramento gestritten ward, so haben wir dies wohl als einen späteren, wahrscheinlich von einer anderen legis actio entlehnten,

---

das Schweigen älterer Schriftsteller über die Centumvirn, namentlich auch des Plautus in den Menaechm. IV, 2. v. 18. sqq., dazu nimmt. Vergl. Huschke, Verf. des Serv. Tullius S. 605 und 606. Traten nun nach Vertreibung der Könige die Decemvirn oder Centumvirn, oder beide, nicht sofort in Wirksamkeit und überkamen die Sacramentalhändel, oder hatten sie schon vorher überkommen, so kann man sich die Sache kaum anders vorstellen, als daß die Magistrate, welche an die Stelle der Könige traten, über dieselben, wie die Könige selbst, entschieden. Traten die Decemvirn und Centumvirn aber vor oder mit Vertreibung der Könige in die Existenz, so entschied der Magistrat doch in Ungehorsamsfällen ohne Zweifel stets (der Praktiker a. a. O. S. 19 fgg) vornämlich bei Vindicationen (wohin ursprünglich ohne Zweifel die Streitigkeiten über Freiheit auch gehörten, (Zimmern, Rechtsg. Bd. III, §. 66. Note 7. Göttling a. a. O. S. 137—141.), worauf das stlitem addicito in der Stelle der zwölf Tafeln bei dem Auct. ad Herenn. II, 13. und *Gell.* N. A. XVII, 2. sicher geht. Denn stlitem heißt hier, wie in praedes litis et vindiciarum, (Göttling a. a. O. S. 139) und in litis aestimatio, das Streitobject. Die Stelle aber etwa mit Zimmern, R. G. Bd. III. §. 110 Note 9, gegen Dirksen, Uebers. über das Zwölftafelfragment S. 184, auf das Verfahren in judicio zu beziehen, geht gar nicht, da das do, dico, addico dem Prätor eigenthümliche Functionen sind (*Varro* LL. VI, 30. *Macrob.* Sat. I, 16. *Goesius* script. rei agrar. pag. 340) und vom judex, wenn ihm der Magistrat das dico und addico überträgt, daher meines Wissens nur gesagt wird, judicare und adjudicare. Allein auch außer den Ungehorsamsfällen kommt häufig schon sehr früh bekanntlich vor, daß der Magistrat extra ordinem selbst entscheidet, und das beruht gewiß darauf, daß es bei ihm stand, entweder einen judex zu geben, was natürlich das Bequemste und später in der sogenannten classischen Zeit daher auch das Gewöhnliche war, oder auch selbst das jus dicere, die jurisdictio, auszuüben (vergl. u. a. nur fr. 57. D. de jud. (42. 1.), sich selbst zum judex zu machen. Judex ist ja nichts als Einer, qui jus dicit. (*Varro* LL. dico VI, 61.) So ein Fall ist der bei *Dion. Hal.* XI, 33., wo der Client Claudius in dem Handel über die Virginia den Appius bittet, *γενέσθαι δικαστὴν τοῦ πράγματος* und wo dann (XI, 36.) Appius in Folge dessen aus-

vorübergehenden Zustand anzusehen[20]) und erscheint mindestens zweifelhaft, ob je für sämmtliche Sacramentalsachen

---

spricht: καὶ κρίνω, εἶναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον. Gewiß war dies eine Ausnahme, weil der Fall vor die decemviri stlit. jud. gehören mochte (siehe die folgende Note); allein an sich schwerlich nach der Darstellung des Dionys ein Unrecht. Unrecht war nur der Spruch selbst. So rechtfertigt sich gewiß vollständig das im Texte Gesagte.

19) Bei den Decemvirn wurde sacramento processirt (*Cic.* pro Caec. 33. pr. dom. 29.) und eben so bei den Centumvirn (*Gaj.* IV, 31. und 95.) Bei den ersteren wurden zu Cicero's Zeit, wie es scheint, die Sachen entschieden, wo es sich um die Freiheit handelte (außer den zwei oben angeführten Stellen fr. 32. §. 7. D. de rec. arbit. und *Siccama* de cent. jud. I, 10.), bei den letzteren wohl ziemlich alle anderen Sachen mit Ausnahme der über reine, etwa nicht in die Form des nexum gebrachte, Verträge, weil diese als die gewöhnlichsten sonst wohl jedenfalls besonders erwähnt wären (*Cic.* de or. I, 38. Meine leg. act. sacr. Note 163. Huschke a. a. O. S. 607.), und hier verfuhr man wohl auch später noch mit einer ähnlichen Subtilität, wie früher nach *Gaj* IV, 30. Denn *Quinct.* I. O. IV, 1. sagt von den Centumviralsachen: „Exigunt sollicitas et accuratas actiones." Ursprünglich wurde aber auch über Verträge sacramento processirt (*Gaj.* IV, 20., auch §. 16. im Gegensatze mit dem Vorhergehenden). War der Zustand rücksichtlich der Competenz in Sacramentalsachen zu Cicero's Zeit, wie oben angegeben, und war noch zu Gajus' Zeit, nachdem seit August (*Suet.* Octav. 36) die Decemvirn dem Centumviralgerichte vorstanden, dieses Gericht fast ausschließlich dasjenige, wo sacramento lege agirt ward (*Gaj.* IV, 95.), so darf man vorzüglich auch nach dem noch in folgender Note Bemerkten sicher weiter rückwärts schließen. Waren übrigens, wie nach voriger Note wahrscheinlich, die Decemvirn vor den Centumvirn vorhanden, so wurde gewiß bei ihnen über Alles sacramento gestritten, was später an die Centumvirn fiel. Darauf würde hinweisen die Angabe des Pomponius fr. 2. §. 29. D. d. O. J., auch *Gaj.* IV, 15., wenn bei ihm, wie vorgeschlagen (*Heffter*, Gaj. I. comm. quart. pag. VII. sq., Huschke a. a. O. S. 593.) unus oder quidam ex decemviris oder iis ex decemviris zu lesen wäre. Vielleicht deutet darauf auch, was *Festus* s. v. sacramento (pag. 264.) von den decem hominibus sagt. Dies weist auch wieder darauf hin, daß ursprünglich allerdings ein Eid bei der legis actio sacramento zu Grunde lag. Meine leg. act. sacram. §. 7—12.

der judex unus anwendbar war[21]). Die legis actio, wonach der judex unus für Sacramentalsachen eingeführt seyn mochte,

20) Daß auch vor Einem judex sacramento gestritten ward, ergibt *Gaj.* IV, 15. Da die Sacramentalsachen keine Privatsachen, sondern ursprünglich causae publicae und selbst später noch causae capitales waren, welche bis in eine späte Zeit mit den causae publicae zusammengestellt wurden und mit diesen die größte Aehnlichkeit hatten (vgl. zu meiner leg. act. sacr. S. 49. fgg. Huschke a. a. O. S. 585. fgg., wogegen Bethmann Hollweg in der Zeitschrift für gesch. RW., Bd. V. S. 363. mit dem unrichtigen Citate aus *Siccam.* a. a. O. I, 7. a. E., wo gesagt ist, daß die Centumviralsachen weder private noch öffentliche, sondern judicia popularia wären, — Letzteres ist offenbar unrichtig, — natürlich nicht aufkommen kann), so gehörten sie nicht vor einen Privatrichter, sondern vor das Volk oder ein Volksgericht, wie die dabei übliche provocatio beweist (Huschke a. a. O.), und daher kann weder angenommen werden, daß der bei ihnen vorkommende judex ursprünglich schon über sie hätte richten können, noch auch, daß er ein judex privatus war. Die L. Pinaria, am wahrscheinlichsten vom Jahre 282 (Göttling a. a. O. S. 261 und 244, und Huschke a. a. O. S. 595 fg., Anm. 29.), gestattete daher ohne Zweifel erst, Einem judex Sacramentalsachen aufzutragen. (Göttling a. a. O., Meine leg. act. sacr., Anm. 163.) Daß er nicht eigentlich ein Privatrichter war, ergibt wohl schon, daß ja auch bei ihm sacramento gestritten ward. Vielleicht weist auch darauf hin *Gaj.* IV, 15., wenn die Lücke, wie in der vorigen Note bemerkt, auszufüllen wäre; denn dann mußte ja ein Magistrat (fr. 2. §. 29. D. d. O. J.) als judex gewählt werden. *Heffter* a. a. O. obs. III. Wahrscheinlich war also das ganze Institut des judex bei Sacramentalsachen, vielleicht wegen Vermehrung der Rechtshändel und weil die Centumvirn noch nicht existirten, nur der judicis postulatio nachgebildet, die schon weit früher existirte (*Dion. Hal.* IV. 25.), wenn sie nicht etwa mit der früheren Einrichtung, wornach vom Könige den Senatoren in geringeren Fällen die Cognitio übertragen ward (*Dion. Hal.* II, 14 und 29.), vielleicht mit beiden, zusammenhängt und war etwas Vorübergehendes; denn wir finden später auch keine Spur, daß vor Einem judex sacramento processirt worden wäre. Wie es mit der cautio damni infecti gehalten wurde, wissen wir wenigstens nicht (*Gaj.* IV, 31).

21) Es ist schon an sich unwahrscheinlich, daß man die wichtigeren Sacramentalsachen als Capitalsachen dem judex in der älteren Zeit

kann aber keine andere, als die per judicis postulationem gewesen seyn, welche, wie schon bemerkt, Servius Tullius für reine Privatsachen, was die Sacramentalsachen nicht waren, einführte [22]). Unter Privatsachen waren aber ursprüng-

---

übertragen durfte. Es spricht aber auch dagegen der Schaltsatz bei *Gaj.* IV, 15.: „Illud ex superioribus intelligimus, si de re minoris quam mille aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse" Denn das illud weist ganz klar auf eine Erklärung von etwas Vorausgegangenem, so daß schon deshalb, was übrigens auch außerdem anzunehmen bedenklich wäre, in dem Schaltsatze nicht eine bloße Wiederholung des im §. 14. Erwähnten gesehen werden darf. Dann weist uns aber auch das Herausheben blos der einen Art von Sachen, nämlich der geringeren, wo das sacramentum 50 Asse betrug, darauf hin, daß nicht blos Früheres wiederholt, sondern daß wirklich etwas Vorausgegangenes, was wir nicht mehr kennen, erklärt werden sollte. Und was könnte der Inhalt dieser Erklärung natürlicher gewesen seyn, als daß nur die Sacramentalsachen vor Einem judex sollten abgethan werden können, bei welchen das Sacrament 50 Asse betrug? Dann wäre die Ausfüllung der großen Lücke durch Heffter in *Gaj.* IV. 15. not. i. pag. 231. in der Klenze'schen Ausgabe sicher ganz unrichtig. Dies ist auch schon deshalb wahrscheinlich, weil man da, wo von dem judex unus die Rede ist, erwarten mußte, daß etwas bereits über die Behörden vorausgegangen war, wo sacramento processirt ward.

22) *Dion. Hal.* IV, 25. kann auf nichts Anderes, als auf diese legis actio bezogen werden, durchaus nicht auf die Centumvirn oder Decemvirn, denn diese sind, da sie das Volk vertreten, keine Privatrichter, die Centumviral- oder Sacramentalsachen keine Privatsachen, sondern ursprünglich causae publicae (siehe vorzüglich die Stellen in den beiden dafür Note 20. angeführten Schriften); von Privatsachen ist aber bei Dionys nur die Rede. Es ist auch höchst natürlich, daß bei einem rohen Volke alles Unrecht, sey es privater oder öffentlicher Natur, in seiner äußersten Abstraction als Eins aufgefaßt wird und daß sich da noch nicht klar und ordentlich abgeschieden findet (was lediglich von der Form des Unrechts abhängt), wo der Kreis der Verbrechen beginnt. Man fragt hier nicht darnach, wie z. B. eine fremde Sache an den dritten Besitzer kam, sondern beachtet nur, daß er sie hat und nicht herausgeben will, ohne sich hinreichend über den Besitz auszuweisen.

lich lediglich synallagmatische Vertragsstreitigkeiten, die b. f. negotia, zu verstehen[22*]), wie schon dadurch klar ist, daß Ser-

Deshalb ist der Kreis der causae publicae in frühester roher Zeit bei einem Volke nothwendig größer, und es scheiden sich erst nach und nach mehr und mehr die causae privatae von den publicae. Darauf weist uns nicht blos hin der ursprüngliche weite Umfang des Diebstahles, sondern noch weit mehr der injuria. fr. 1. pr. D. de injur. (47, 10.) Vielleicht ging darin ursprünglich alles Unrecht auf. Höchstens scheiden sich in der frühesten Zeit blos die gröbsten Verbrechen, wie Perduellion und Parricidium, aus (Göttling a. a. O. S. 158 fg.). Mangelhaft ist ja selbst noch in spätester Zeit bei den Römern der Cyklus der Verbrechen begrenzt. Den anderen Grund, den ich früher (meine leg. act. sacr. Note 163.) gegen die Erklärung der Stelle von den Centumvirn geltend machte, daß unter den Worten: „ὅρους αὐτοῖς καὶ κανόνας τάξας οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους“ wegen des αὐτοῖς nothwendig keine allgemeinen Gesetze verstanden werden könnten, sondern Instructionen für die Privatrichter verstanden werden müßten, welche die Centumvirn nicht erhalten hätten, würde man dadurch beseitigen können, daß man die oben angeführten Worte so übersetzte, daß Servius Tullius den Privatrichtern (die dann freilich als die Centumvirn angesehen werden müßten), die von ihm geschriebenen Gesetze als Grenze und Regel gesetzt habe, um nämlich nach ihnen lediglich die Privathändel zu entscheiden, worin dann allerdings auch eine, aber freilich statarische Instruction für die Richter, keine durch concepta verba läge, wie sie die Centumvirn auch hätten erhalten können, und dies scheint allerdings das richtigere Verständniß der Stelle im allgemeinen, weil es damals noch keine Formeln, verba concepta, gab; allein unter den Richtern die Centumvirn zu verstehen, bleibt nach dem zuerst angegebenen Grunde immer unrichtig, wenn selbst nicht auch außerdem zu bemerken wäre, daß allerdings die Centumvirn wenigstens oft, wenn auch nicht immer, das Recht selbst schufen. Zumpt a. a. O. S. 18. fgg. Mit der von *Dion. Hal.* IV, 25. erwähnten Einrichtung ist auch schon wegen *Cic.* de repub. V. 2. nicht zu verwechseln, was schon unter Romulus vorkam, daß leichtere Injurien den Senatoren zur Cognition vom Könige zugewiesen wurden. *Dion. Hal.* II, 14 und 29. Denn Senatoren als solche sind keine Privatrichter, sonst würde von Dionys die Einrichtung des Servius Tullius auch nicht als eine neue herausgehoben worden seyn. Uebrigens geht aus der Stelle auch nicht hervor, ob Einem Senator ein solcher Handel zur Cognition übertragen ward.

22*) Zimmern, RG. Bd. III. §. 63a.

vius Tullius in den von ihm gegebenen funfzig Gesetzen aus allen übrigen Rechtsgeschäften lediglich die synallagmatischen Verträge besonders heraushob, die Verletzung aller anderen Rechtsverhältnisse aber (ἀδικήματα, injuriae) zusammenfaßte[23]). Doch gehörten dahin später nicht blos die Sachen

---

23) *Dion. Hal.* IV. 13. Hier ist der Ausdruck ἀδικήματα wie injuria im fr. 1. pr. D. de injur. — nicht etwa wie Delicte, wie wir dieses Wort verstehen, — aufzufassen und anzunehmen, daß darin alle Rechtsverletzungen, öffentliche Verbrechen, private Delicte und Rechtsverletzungen, aus denen Civilklagen entstehen. mit einziger Ausnahme der Verletzung synallagmatischer Verträge, liegen, weil sonst die Worte „ἔπειτα τοὺς νόμους, τούς τε συναλλακτικοὺς, καὶ τοὺς περὶ τῶν ἀδικημάτων, ἐπεκύρωσε ταῖς φράτραις" mit der in ihnen liegenden Eintheilung ganz unverständlich wären. Dies paßt ganz gut damit, daß nicht nur Verbrechen, sondern auch die Centumviralsachen causae publicae sind, so wie damit, daß bei Processen über solche Verträge, bei denen die oft zweifelhaft ausgesprochene Uebereinkunft der Parteien lediglich Grund und Gesetz ist, die so oft nur Kleinigkeiten betreffen und bei denen nicht immer blos eine Partei ausschließlich Recht erhält, sondern oft in gewisser Weise beide, am ersten sich zeigt, daß das Zusammenfassen sämmtlicher Rechtsverletzungen ohne Ausnahme unter den Begriff injuria und ein gleiches Verfahren bei allen diesen durchaus unpassend ist. (Meine leg. act. sacr. S. 95.) War die in den funfzig Gesetzen vorgenommene zweckmäßige Ausscheidung zuerst von Servius Tullius ausgegangen, so war vorher der Begriff von injuria noch allgemeiner, wie bei ganz rohen Völkern (siehe die vorige Note) ganz natürlich ist. Eine Vergleichung der älteren deutschen Völkergesetze würde auch hier ein ähnliches Resultat ergeben. Auf diese Weise haben wir aber offenbar bei *Dion. Hal.* IV, 25. unter τὰ εἰς τὸ κοινὸν φέροντα ἀδικήματα alle Streitigkeiten mit alleiniger Ausnahme jener Vertragshändel zu verstehen, welche als ἰδιωτικά ihnen gegenüberstehen. Dies ergibt sich auch schon aus der Beziehung dieser Stelle auf die funfzig Gesetze, an welche die Richter bei Entscheidung der Händel streng gebunden seyn sollten. Bei *Dion. Hal.* IV, 36. ist aber natürlich derselbe Ausdruck auch so zu verstehen und nicht auf Verbrechen irgend einer Art zu deuten. Dies ist ohnedem viel natürlicher, der Sache angemessener; da doch offenbar Vertragsstreitigkeiten sich besser für Privatrichter eignen, als die Beurtheilung von Verbrechen, welche Ser-

aus synallagmatischen, sondern auch aus anderen Verträgen[24]) Für diese, weil sie lediglich auf dem Willen der Privaten, welcher hier Gesetz ist, beruhen, überhaupt für Obligationsverhältnisse, erscheint das Verfahren vor einem Privatrichter auch der Sache nach angemessener, als das Sacramentalverfahren[25]), obwohl auch jenes immerhin ein steifes blieb und für die einzelnen Rechtshändel große Schwierigkeiten machte, so lange man sich lediglich an die gewiß in früherer Zeit oft sehr mangelhaften Gesetze mit peinlicher Aengstlichkeit halten, ja, an deren Worte genau anschließen mußte[26]). Daher war natürlich, daß nach umfangreicherer Ausbildung des jus gentium und öfterer Anwendung dessen auf die Rechtsverhält-

---

vius Tullius in so früher Zeit von seiner Jurisdictio loszutrennen und an Privatrichter zu verweisen, gewiß im höchsten Grade bedenklich gefunden hätte. Es ist ja überhaupt ein solches Ueberlassen des Richtens über Verbrechen jeder Art an bloße Privaten dem römischen Rechte vollkommen fremd.

24) *Gaj.* IV, 20.

25) So wie man angefangen hatte, das Unrecht in öffentliches und privates zu scheiden, war es natürlich, für die Ausgleichung des letzteren einen anderen Weg einzuschlagen. Wenn das sacramentum des Unterliegenden als eine Sühne für die verletzten Götter diesen anheim fiel, so paßte schon dies nicht zur Ausgleichung von so oft blos auf Mißverständniß beruhenden, häufigen und meist unbedeutenden Rechtshändeln (Vergl. auch Note 23.). Das Institut der Privatrichter, vor denen mit Wegfall des sacramentum gestritten ward, war hier offenbar passender.

26) Daß die Gesetze die Norm der Richter waren, ergibt sich schon aus *Dion. Hal.* IV, 25. (vergl. auch Note 22.); daß die Klagen aber ebenfalls den Gesetzen auf das Genaueste angepaßt seyn mußten, wenn der Kläger damit durchdringen wollte, erhellt aus *Gaj.* IV, 11. Daher verloren Viele ihr gutes Recht blos wegen nicht verhüteter Formfehler (*Gaj.* IV, 30). Dies scheint bei der legis actio sacramenti noch nach der L. Aebutia und den LL. Juliae der Fall gewesen zu seyn. *Quinct.* I. O. IV. 1. Vergl. auch den Praktiker über die legis actiones S. 23 bis 29.

nisse der Römer unter sich die **Lex Aebutia** und die **Leges Juliae**[27]), veranlaßt durch das Bedürfniß und wohl nach dem Vorbilde des Verfahrens vor den Recuperatoren[28]), auch vielleicht dessen vor den Centumvirn, sofern diese neue Rechtssätze schufen[28a]), jene hindernde Steifheit durch Einführung der **concepta verba** hoben, auf solche Weise durch ein neues Verfahren ein altes ehrwürdiges Institut beweglicher und handlich machten und ihm ein neues Leben gaben[29]), und daß

---

27) *Gaj.* IV, 30.

28) *Huschke* Anal. litt. pag. 216—218. Sell, Recuper. S. 221 bis 229. Kritische Jahrbücher von Richter von 1837. S. 893.

28a) Vergl. Note 22. gegen d. E., wenn nämlich dies in so früher Zeit schon statt hatte.

29) Die **legis actio per judicis postulationem** hatte, gegen das spätere sogenannte Formularverfahren gehalten, wohl vorzüglich blos Ein Characteristisches, die **verba legitima**. So wie dem Prätor freistand, diese zu beugen und nach dem einzelnen Falle, wie das erst später in Gebrauch gekommene Edict (*Gaj.* IV. 11.) es mit sich brachte, zu accommodiren, d. h. so wie an die Stelle der **verba legitima** die **verba concepta** treten durften und traten, war das eigenthümliche Wesen der **legis actio per judicis postulationem** geschwunden und sie in den sogenannten Formularproceß übergegangen, womit alle die großen Formschwierigkeiten bei der Einleitung dieser Sachen, die im Legisactionenverfahren vorhanden waren, fast ganz wegfielen. Ob dies zuerst durch die **L. Aebutia** und die **LL. Juliae** geschehen, oder ob nicht schon vorher Uebergänge statt hatten, das läßt sich nicht genau bestimmen, letzteres ist aber nicht unwahrscheinlich, wenn wir andere Fortschritte des römischen Rechtes betrachten. Zweifelhaft erscheint auch, ob bei dem **lege agere per judicis postulationem** dem **judex** eine der späteren Formel ähnliche Instruction gegeben wurde oder nicht. Nirgends findet sich eine Hindeutung darauf, wenn wir sie nicht im *Dion. Hal.* IV. 25. finden, dessen Worte aber sicher anders genommen werden müssen (vergl. Note 22 dieses §.), und es erscheint unwahrscheinlich deshalb, weil die Instruction nur eine Wiederholung der Gesetzesworte hätte seyn können, und wenn auch in der ältesten Zeit nothwendig eine Verbindung zwischen den Verhandlungen **in jure** und **in judicio** existirte, was vernünftiger Weise gar nicht bezwei-

nun alle rein obligatorischen Verhältnisse, über welche Streit entstand, lediglich im Formularprocesse ausgefochten wurden, welcher in seiner ursprünglichen Form auch nur für diese Rechtshändel paßte[30]). Deshalb blieben die anderen Rechtssachen, vor allem dingliche und Statusansprüche, dem Sacramentalverfahren vor den Decemvirn und Centumvirn[31]), zu-

stelt werden kann, weil der judex oder die judices doch jedenfalls von der Einleitung der Sache Kenntniß haben mußten, die sie entscheiben sollten, so ist dies doch keine der Formel ähnliche Instruction.

30) Obwohl diese Streitigkeiten auch sacramento ausgefochten werden konnten (Note 15), so ist doch wahrscheinlich, daß schon lange vor der L. Aebutia und den LL. Juliae sie lediglich durch die für sie passendere legis actio per judicis postulationem ausgemacht wurden (vergl. Note 23 und 25.) Dies veranlaßte wohl auch, daß nach Umwandlung dieser legis actio in das Formularverfahren nur die causae centumvirales und die Processe wegen damnum infectum im Wege einer legis actio ausgefochten wurden (*Gaj*. IV. 30 und 31.), reine Obligationsverhältnisse nicht vor den Centumvirn, sondern nur im Formularprocesse ausgemacht werden konnten (*Cic*. de or. I, 38), welcher schon wegen der immer auf Geld gestellten Condemnation (*Gaj*. IV. 48) zunächst lediglich als auf persönliche Klagen berechnet angenommen werden muß. Dies ist bereits so allgemein anerkannt, daß ich mich blos auf Zimmern, Rechtsgesch. Bd. III. §. 53 und 64 und die dort in den Noten enthaltenen Citate zu beziehen brauche. Auch die ursprünglich in der Litiscontestation enthaltene Novation (*Gaj*. III. 180 und 182) beweist klar das Gesagte; denn sie ist offenbar nur passend für Obligationsverhältnisse.

31) Note 19. Daraus ergibt sich zwar, daß Bethm. Hollweg's Meinung über die Competenz des Centumviralgerichts (Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. Bd. V. S. 366 fgg.) in so weit richtig ist, daß vorzüglich dingliche Klagen vor dasselbe gehörten; allein es sind nicht die einzigen dahin gehörigen Sachen. Wenn auch nicht in der späteren Zeit, so konnten früher doch dahin sicher alle nicht rein persönlichen Klagen, so weit sie nicht vor die Decemvirn gehörten, kommen. Ich kann daher die Stelle bei *Cic*. de or. I, 38. eben so wenig für durch Bethm. Hollweg (die ang. Zeitschr. a. a. O. S. 369 fgg.) als durch Zumpt a. a. O. S. 16 fgg. ganz richtig erklärt halten.

lețt wohl blos vor dem Centumviralgericht[32]). Da für die dinglichen Ansprüche die neue Form nicht paßte, so wurde ihre Schlichtung in dieser nur nach und nach auf künstliche Weise zuerst durch die Form der sponsio, welche den ersten Uebergang von der legis actio sacramenti, der sie ganz nachgebildet ist, zu der neuen Form ausmacht[33]), dann durch die formula petitoria, welche die sponsio mit der Zeit vollkommen überwog, bewirkt[34]). Hierin sprach sich zuerst klar aus, daß auch diese Sachen Privatsachen seyen, wiewohl man den Schein Dessen, was sie ursprünglich waren, nämlich causae publicae,

---

32) Wenn das im Text Enthaltene von Bethm. Hollweg (die angef. Zeitschr. a. a. O. S. 373 Note 30) als ganz grundlos hingestellt wird, so ist nicht recht abzusehen, wie er anders zu dieser Behauptung gekommen seyn sollte, als indem er sich in seiner Vorstellung von dem Zusammenhange der Sache zu sehr verloren hat. Zwar gibt es keine directen unumstößlichen Beweise für das im Text als wahrscheinlich Angesprochene; allein die von *Zepernick* de caus. centumv. disquis. §. XI. beigebrachten, die Hollweg so schlechtweg verwirft, machen die Sache höchst wahrscheinlich, zumal wenn man dazu nimmt, daß die Freiheit stets unter besonderem öffentlichen Schutze stand (fr. 2. §. 1. D. ne de statu defunct. 40, 15.), daher nie mit den anderen Privatsachen so schlechtweg in Eine Classe gesetzt werden konnte und daher bedenklich war, sie einem Privatrichter anzuvertrauen, ferner daß sie ursprünglich eine vindicatio begründete (Zimmern a. a. O. §. 66 Note 7. Göttling a. a. O. S. 137—141.), und daß dabei sacramento gestritten wurde (Note 16 und 19). Selbst nach Bethm. Hollweg's Princip, wenn es nicht ohne Grund beschränkt wird, gehören daher die Freiheitsstreitigkeiten zu den Centumviralsachen, freilich nicht so weit die Decemvirn diese Sache zu entscheiden hatten und so lange sie sie entschieden. Später wurden sie wohl auch vor Privatrichtern ausgemacht (fr. 8. §. 1. D. de lib. caus. (40, 12.), das war aber früher nach dem Entwickelten sicher nicht der Fall.

33) Auch dies ist so bekannt, daß zur Nachweisung des Gesagten eine Verweisung auf Zimmern a. a. O. §. 64 und 38 Note 10 vollkommen ausreicht (*Gaj.* IV. 91.)

34) Zimmern a. a. O. §. 64. a. E. und §. 65.

noch nicht ganz aufgab. Dies liegt in der ebenfalls gestatteten Behandlung derselben vor dem Centumviralgerichte, wo sie dann noch immer nicht ganz als Privatsachen betrachtet wurden[35]).

Soviel zugleich als Andeutung, wie das Legisactionenverfahren mit der richtigeren Einsicht in die Natur Dessen, was wir unter Privatrecht verstehen, nothwendig nach und nach mit seinen steifen, schwerfälligen Formen in den Formularproceß, welcher sich in bestimmten, aber leichteren, beugsamen Formen bewegte, überging und zuletzt sich in demselben so gut wie ganz verlor. Tiefere Betrachtung desselben zeigt uns überall, auch in den Formen dieser spätern Weise zu processiren, noch den ursprünglichen Unterschied der in ihnen sich bewegenden, also dem einzelnen Rechtsstreite zu Grunde liegenden Rechte, des jetzt so genannten Privatrechts, und die Fortentwickelung desselben durch allmähliges Aufheben jenes Unterschiedes[36]). Später, wo diese auch wissenschaftlich so wichtigen Formen zerfallen und zuletzt in einem überhand nehmenden formlosen Extraordinarverfahren untergehen, fallen ziemlich alle Rechtsansprüche dem nämlichen Verfahren anheim und nur in materiellen Consequenzen zeigt sich noch ihr Unterschied.

Die Hauptunterschiede, welche nach unserer Darstellung der zwei Hauptlegisactionen zwischen diesen ganz von selbst hervortreten und uns beide als ursprünglich entgegengesetzte zeigen, von der einen Seite das religiös öffentliche Element, was der legis actio sacramenti zu Grunde liegt und die

---

35) Note 20 und 22.

36) Meine legis act. sacram. S. 94—99.

Ausfechtung der Sacramentalhändel als öffentlicher vor das Volk repräsentirenden, daher öffentlichen Richterbehörden, von der anderen Seite das rein private Element der **legis actio per judicis postulationem**, welches die Verhandlung der von den öffentlichen abgetrennten Proceßsachen vor Privatrichtern und deren freiere Beurtheilung **in judicio**, wurden sie auch **in jure** noch förmlich eingeleitet, zur Folge hat, erklären uns die Darstellung des Gajus sehr leicht. Statt daß er nach der **legis actio sacramenti** die **per manus injectionem** und **per pignoris capionem** hätte sollen folgen lassen, wenn er auf deren Alter und inneren Zusammenhang hingesehen hätte[37], handelt er, weil es ihm um die practischen Resultate zu thun ist, das chronologische Verhältniß und jenen Zusammenhang hintansetzend, die zwei eben von uns characterisirten hauptsächlichen, dem Inhalte und der Form nach einander entgegengesetzten, Legisactionen zuerst neben einander ab[38], gerade um sie durch ihre Gegensätze recht anschaulich hervortreten zu lassen[39], und läßt auf sie unmittelbar die **legis actio**

---

37) Dieselbe Schrift S. 90—95.

38) Die Ordnung, in welcher Gajus die Legisactionen abgehandelt hat, ergibt sich unwiderruflich aus *Gaj.* IV. 12., vergl. mit der auch sonst noch deutlich erkennbaren Reihenfolge von §. 13 — 30.

39) Wenn ich in meiner **leg. act. sacram.** S. 90—100 dieser Ordnung nicht folgte, und Huschke gegen Ende seiner Recension jener Schrift dies gewissermaaßen tadelt, indem er die jetzt von mir gewählte Ordnung für fruchtbarer hält, so ist das nicht allein aus dem Gesichtspuncte des Gajus richtig, sondern es ist allerdings auch überhaupt nothwendig, die zwei in diesem §. behandelten Legisactionen, wie hier geschehen, einander entgegen zu stellen, inzwischen ist dies in jener Schrift keineswegs so schlechtweg versäumt und nothwendig war doch um so mehr, auch auf den inneren Zusammenhang der Legisactionen und deren Entstehen in der Zeit hinzuweisen, als Gajus bei seiner practischen Tendenz das aus den Augen gelassen hat.

per condictionem folgen, von welcher, nach ihrer Stellung und nach ihrem Gegenstande zu urtheilen, klar ist, daß sie nicht zu den zwei zuletzt von Gajus aufgezählten, eigentlich, wie bemerkt, blos Executionsarten bildenden Legisactionen gehört, vielmehr das eigentliche Legisactionensystem, d. h. das System der verschiedenen processualischen Verfahrungsweisen, ergänzt und beschließt.

§. 16.

Fortsetzung.

Bei den schroffen Gegensätzen, welche zwischen der sacramenti actio und der per judicis postulationem bestehen, erscheint es an sich schon nichts weniger als unnatürlich, wenn sich eine in der Mitte stehende Form für die einzelnen Fälle bildete, welche wir oben schon kennen lernten und welche ihrer inneren Beschaffenheit nach eine besondere Behandlung verlangten, nämlich für certa pecunia und certa res. Klagte hier Jemand mit der sacramenti actio, so hatte dieses mehrfache Unbequemlichkeit und Nachtheil, klagte er mit der legis actio per judicis postulationem, so war das für den Kläger, der doch gerade hier Begünstigung verdiente, bedenklich.

Ist wahr, was wir annahmen, daß die Sacramentalsachen ursprünglich vor dem Magistrate selber, bald aber vor den Decemvirn[1]), wohl später auch den Centumvirn, zuletzt vor diesen allein ausgefochten wurden[2]), so knüpft sich daran höchst na-

1) *Liv.* III, 55. Die hier erwähnten Decemvirn können wohl nur die stlitibus judicandis seyn. Nachdem den Decemvirn die Gewalt, Gesetze zu machen, genommen war, blieb blos das Rechtsprechen übrig, was auch die decemviri legibus ferendis schon vollzogen, wie uns die Geschichte des App. Claudius mit der Virginia am deutlichsten beweist.

2) Eingeleitet wurden sie auch in den zwei letzten Fällen natürlich stets vor dem Magistrate.

türlich folgende Erwägung. Wenn selbst durch die **lex Pinaria** die Sacramentalhändel unter tausend Assen vor Einem Richter ausgemacht werden konnten[3]), so blieben den genannten Behörden doch noch immer übermäßig viel Rechtssachen zur Entscheidung übrig. Schon um diesen eine Erleichterung zu verschaffen, war daher wünschenswerth, noch gewisse Händel auszuscheiden und sie wo anders hinzuweisen, zumal sich diese mit Vergrößerung des römischen Reichs und steigender Cultur nothwendig bedeutend vermehrten.

Darlehnsgeschäfte sind nun bei jedem Volke sehr häufige und vornämlich waren sie es auch bei den Römern, bei denen die Privatgefängnisse der Patricier namentlich, wie wir überall lesen, mit unglücklichen Schuldnern angefüllt waren. Sie sind auch an sich so einfache, daß deren Beurtheilung recht wohl einem einzelnen Richter anvertraut werden konnte. Waren die gedachten Behörden obendrein mit anderen Rechtssachen sehr überhäuft, so daß sie eine oder die andere von diesen wohl länger liegen ließen, litt vielleicht durch die Menge der Sachen gar die Gründlichkeit in Behandlung der einzelnen obendrein, so konnte wohl auch für die Gläubiger sehr wünschenswerth erscheinen, die an sich planen Darlehnssachen vor Einem Richter abmachen zu können, der dann wenigstens nicht behindert war, ohne Verzug seine Richterpflicht zu erfüllen.

Bei der **sacramenti actio** war ferner doch auch nichts weniger als unbedenklich das Succumbenzgeld, was der Unterliegende stets a n d e n S t a a t verlor[4]) und was in den

3) Note 20 und 21 zu diesem §.

4) *Gaj.* IV, 13.: „eaque in publicum cedebat."

damaligen im ganzen doch noch geldarmen Zeiten nicht unbedeutend war. Haben sich doch auch bei uns ähnliche Succumbenzgelder, wo sie früher bestanden, — und das war sehr häufig der Fall, — wohl fast ganz verloren, weil sie unpassend und lästig erschienen.

Ob nicht auch sonst noch erschwerende Formen, wenigstens ursprünglich, mit dieser **legis actio** verbunden waren, deren man sich bei Darlehnsprocessen, den damaligen Condictionen, so gut zu entledigen wünschen mochte, als man sich ihrer bei den **bonae fidei actiones** durch die **legis actio per judicis postulationem** bereits entledigt hatte, das läßt sich bei der Mangelhaftigkeit der Nachrichten nicht ausmitteln; ist aber nichts weniger als unwahrscheinlich, wenn wir bedenken, daß die **sacramenti actio** die älteste, aus religiös öffentlichem Elemente entsprungene ist. Vielleicht waren bei der **sacramenti actio** Eide zu leisten[5]).

Nun konnte man freilich auch ohne eine neue **legis actio** diesen mit der **sacramenti actio** verknüpften Unannehmlichkeiten leicht entgehen; denn keine von ihnen hatte bei der **judicis postulatio** statt, durch welche ja auch nach dem Obigen die Ansprüche auf **dare oportere** und zwar vor Einem Richter ausgefochten werden konnten; allein diese Klagart hatte ebenfalls wieder auf einer anderen Seite für Darlehnsprocesse solche Nachtheile, daß man es allerdings auch bedenklich finden mußte, sie hier anzuwenden.

Wir haben oben nämlich angenommen, daß die Beurtheilung der durch die **legis actio per judicis postulationem** auszumachenden Rechtssachen eine bei weitem freiere als bei

---

5) *Festus* de V. S. fragm. Lindemann'sche Ausgabe pag. 264. Meine leg. act. sacram. pag. 29. fgg.

der sacramenti actio war. Nehmen wir dazu, was uns eine Vergleichung des Verfahrens zur Zeit des ordo judiciorum privatorum mit dem Legisactionenverfahren an die Hand gibt, deren Zusammenhang wegzuleugnen, nicht blos gegen alle Analogie römischer Rechtsbildung, sondern überhaupt gegen den gesunden Sinn seyn würde: so können wir die größere Freiheit bei der judicis postulatio bestimmter dahin ausdrücken, daß der gegebene Richter kein judex, sondern ein arbiter war, welcher ohne besondere Instruction des Magistrates, die er wahrscheinlich überhaupt nicht bekam (§. 15. Note 29), alle Umstände untersuchen und bei der Entscheidung berücksichtigen konnte, welche später nach der aequitas auch Berücksichtigung fanden, namentlich die später so genannten Exceptionen, so daß selten durch dieses Verfahren der Kläger mit seinem Anspruche ganz durchdrang (§. 15 Note). Denn dies war zur Zeit des ordo judiciorum privatorum das Merkmal der bonae fidei actiones und das waren, wie wir schon oben bemerkten, diejenigen, welche durch judicis postulatio ausgefochten wurden. Damit steht auch nicht im Widerspruche, wenn Servius Tullius die von ihm gegebenen Gesetze den arbitris als Grenze bezeichnete (§. 15 Note 22)[6]; denn gewiß hatte er diese vornämlich gegeben, um die bonae fidei negotia dem alten, streng formellen Rechte zu entziehen und ihnen eine freiere Gestalt zu geben. Gerade deshalb lag wohl auch die gedachte freiere processualische Behandlung dieser Geschäfte mit in seinen Gesetzen.

6) *Cic.* pr. Rosc. Com. c. 4.: „Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: Ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur." Ferner: „Quis nunquam ad arbitrium, quantum petiit, tantum abstulit."

War dies nun wirklich so, so war die Form dieser legis actio ganz offenbar zu lax für Darlehnsstreitigkeiten; denn hätte der Beklagte bei diesen alle die Umstände, welche wir als Exceptionen ansehen, hereinziehen und dadurch den Kläger hinhalten können, so würde sich jeder solche Proceß leicht in das Weite hinausgesponnen haben und der Kläger würde nicht so schnell und so ungetheilt zu dem Seinigen haben kommen können, wie er dies bei Darlehnssachen wegen des dem Schuldner bewiesenen Vertrauens verlangen konnte.

Deshalb machte sich eine neue Form nothwendig und das war die legis actio per condictionem. Sie zeichnete sich dadurch vorzüglich aus, daß sie keine Exceptionen zuließ, sondern bei ihr der ganze Streit sich nur um den Einen Punct drehte, ist die Darlehnsforderung begründet oder nicht. Konnte der Kläger den Beklagten vom Klaggrunde vollständig bis auf das Geringste überführen, so war der Beklagte ohne Weiteres zu condemniren und schleunigste strengste Execution folgte der Verurtheilung. Vermochte der Kläger das nicht, wenn auch nur in einem Minimum, so wurde Beklagter unbedingt absolvirt, ohne daß der Kläger sich beschweren konnte; denn wenn die größte Strenge zu seinem Vortheile statt fand, so mußte er sich dieselbe billiger Weise auch zu seinem Nachtheile gefallen lassen.

Dies thut uns wieder der Zusammenhang zwischen dem Verfahren zur Zeit des ordo judiciorum privatorum mit dem Legisactionenverfahren dar. Hier wie dort wird derselbe Gegenstand, die Condictionen oder stricti juris Actionen, im wesentlichen gleich behandelt, nur daß sich die Behandlungsart mit der Zeit immer mehr von der Strenge entfernt und dem Verfahren, was bei bonae fidei actiones statt hatte, zuneigt. Vielleicht wurde ganz im Anfange bei dem Verfahren zur

Zeit des ordo judiciorum privatorum gar keiner von den Umständen, welche bei den bonae fidei Actionen von dem Richter beachtet wurden und die Klage entkräfteten, berücksichtigt, während später der Magistrat einzelne solche zuließ; aber dies als etwas Ausnahmsweises dann ausdrücklich dadurch aussprach, daß er sie als Exceptionen bestimmt heraushob und in die Formel einpaßte, über welche dann der Richter in keiner Weise hinauskonnte. Noch später wurde dies immer häufiger, wie denn dies auch nothwendig war, weil sich der Kreis der Condictionen erweiterte, endlich auch wegen eines incertum condicirt werden konnte und damit der Sache nach die Condictionen den bonae fidei actiones näher standen. Aber auch da noch, so lange der ordo judiciorum privatorum bestand, blieb zwischen der processualischen Behandlung beider ein bedeutender Unterschied. Der Richter konnte hier nie, auch in spätester Zeit nicht, über die Formel hinaus, nie konnte er Exceptionen, welche in diese nicht aufgenommen waren, beachten, so daß es noch immer lediglich vom Magistrate abhing, was Berücksichtigung finden sollte, wenn schon der Magistrat dabei freilich wohl in der Regel dem Gewöhnlichen folgte und folgen mußte. Der Richter hieß deshalb hierbei überall judex im Gegensatze des arbiter[7]). Etwa so wie

---

7) Was hier als gewiß vorgetragen worden ist, ist so bekannt und sonst schon so vielfach ausgesprochen, daß wohl Citate gespart werden können. Um die geschichtliche Entwickelung der Exceptionen, wie sie dargestellt wurde, nachzuweisen, braucht nur an die Fortbildung und Vervollständigung des prätorischen Edicts überhaupt erinnert zu werden. So wie der Prätor nach und nach immer mehr Klagen für neu sich herausstellende Verhältnisse im Edicte zu geben versprach, so auch natürlich bei den Exceptionen. Auch was wir über die exceptio compensationis wissen (Hasse im Archiv für civ. Prax., Bd. VII. S. 167—177) bestätigt das Gesagte. Daß später auch bei b. f. Negotien von Exceptionen gesprochen

bei den stricti juris Actionen in der frühesten Zeit des ordo judiciorum privatorum war es auch bei der legis actio per condictionem. Der judex, welcher hier gegeben wurde[8]), nicht ein arbiter, durfte ebendeshalb, weil er dieses war, keine exceptio berücksichtigen. Dies geht aber auch daraus unwidersprechlich hervor, daß es Exceptionen im Sinne des ordo judiciorum privatorum damals überhaupt noch gar nicht gab[9]) und daß diese Nachricht gerade nur auf die genannte legis actio zu beziehen ist. Denn die Umstände, welche bei den bonae fidei Negotien früher und später ex officio berücksichtigt werden konnten, um die Klage ganz oder theilweise zurückzuweisen, hießen ja nur Exceptionen, wenn und weil sie vom Magistrate in die Formel eingerückt wurden, also nur bei stricti juris Negotien; damals gehörten aber unter diese nur pecunia und res certa credita, bei denen also nur von Exceptionen hätte die Rede seyn können.

Ist hiermit das Wesen der legis actio per condictionem nach dieser weiteren Seite richtig gezeichnet, so war durch

---

wird, hängt bekanntlich mit dem Untergange des ordo judiciorum privatorum zusammen. Wenn da keine Formeln mehr gegeben wurden, vielmehr der Magistrat Alles vor sich abmachte, so fiel ganz natürlich der Begriff von exceptio, wie er früher war, weg und jeder Umstand, der früher als exceptio bei den judiciis strictis gegolten hatte, ward nun nicht blos dabei, sondern auch bei den b. f. negotiis so genannt. Der Begriff exceptio hatte sich aus einem formellen nothwendig in einen materiellen umgewandelt.

8) *Gaj.* IV, 18.: „Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur; nam actor adversario denunciabat, ut ad judicem capiendum die tricesimo adesset."

9) *Gaj.* IV, §. 108.: „Nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum." d. h. der Sache nach gab es, z. B. bei den b. f. Actionen, auch in jener Zeit Exceptionen, auch mußten überall die processualischen Ausstellungen, später auch Exceptionen genannt, Berücksichtigung finden; allein der Form nach fehlten sie und dann gab es also bei den Condictionen gar keine.

sie sowohl zu laxe Behandlung der condictio certi, als durch Geschäftsdrang bei den Behörden verursachter Verzug vermieden. Umgangen wurden durch sie zugleich etwaige lästige Formen der sacramenti actio, so wie das bei dieser an den Staat zu erlegende und deshalb vorzüglich lästige Succumbenzgeld.

In letzterer Beziehung könnte eingewendet werden, daß ja auch bei der sponsio der dritte Theil des Klaggegenstandes bei certa pecunia auf dem Spiele gestanden habe [10]) und daß dies auch bei der legis actio per condictionem so gewesen seyn möchte, da der Ausdruck Cicero's legitimae partis sponsio [11]) darauf deute, daß diese ganze Einrichtung auf einem Gesetze und zwar wohl der Lex Silia beruhe [12]). Allein dieser Einwendung braucht nicht dadurch begegnet zu werden, daß sie doch zweifelhaft bleibe, — denn dieses scheint sie in der That kaum zu seyn, — vielmehr findet sich ein sehr natürlicher Ausweg durch die Erwägung, daß es doch etwas ganz Anderes ist, ob die verlorene Summe bei der sponsio an die eine Partei, oder bei der sacramenti actio an den Staat fällt. Denn im ersteren Falle hat jede Partei, wenn auf einer Seite Verlust droht, auf der anderen doch auch die Hoffnung auf Gewinn. Hierbei sehen wir noch davon ganz ab, daß bei der sponsio die Summe in einem richtigeren Verhältnisse zum Streitobjecte steht, als bei der sacramenti actio. Die legitimae partis sponsio erschien überdem für den Kläger, der von dem Beklagten, wenn Zinsen nicht

---

10) *Cic.* pr. Rosc. Com. c. 4. *Gaj.* IV, 13 und 171.

11) *Cic.* a. a. O.

12) Zimmern a. a. O. §. 58. S. 170. nimmt dieses als wahrscheinlich, Savigny, Bd. V. S. 611, als unzweifelhaft an.

stipulirt waren, auch wenn dieser von der Klage in Kenntniß gekommen war und sogar lis contestirt hatte, keine Verzugszinsen bekam (§. 23 i. A.), als eine nicht unbillige Entschädigung.

Nach dieser Darstellung der **legis actio per condictionem** ist sie, insofern lediglich darauf geachtet wird, ob die Forderung an sich begründet ist oder nicht, und insofern daher Exceptionen in keiner Weise beachtet werden, eben so einseitig, als nach dem Obigen (§. 7 gegen das Ende) formell. Beides stimmt vollkommen zusammen und das Erstere so gut wie das Letztere weist uns darauf hin, daß unförmliche Verhandlungen **in jure** schwerlich vorkamen (§. 14 a. E.), wo blos fraglich war, gesteht Beklagter oder leugnet er, was sich bei dem **lege** agiren natürlich auswies und wo im ersteren wie im letzteren Falle gar nicht abzusehen ist, wozu weitere Verhandlungen hätten statt haben sollen und worin sie bestanden haben könnten. Vergleichsverhandlungen namentlich, an welche man hier wohl vorzüglich zu denken hätte, pflegen sich immer an vorgeschützte Exceptionen, namentlich die **exceptio compensationis** anzuschließen, woran es hier fehlte, und wollten sich die Parteien überhaupt vergleichen, so hatten sie ja vor dem Litiscontestationstermine Zeit dazu. Der Gläubiger klagte wohl ohnedem in der Regel nur, nachdem er zuvor versucht hatte, auf gütlichem Wege zu dem Seinigen zu kommen. Das Vergleichen stellt sich ja überdem auch nach den zwölf Tafeln rein als Sache der Parteien dar, was wohl in der Regel eher, als die Parteien **in jure** erschienen, geschah[13]). Zudem drängte man in so früher Zeit auch schwer-

---

13) Auctor ad Herenn. II, 13. *Gell.* N. A. XVII, 2. Zimmern a. a. O. §. 108.

lich Jemandem die Güte so auf, wie man daran heut zu Tage gewohnt ist. Jedenfalls würden wir dennoch etwa vorgekommene unförmliche Verhandlungen in jure nur als für die Sache ganz unwesentlich anzusehen haben.

§ 17.

Erklärung einiger Stellen des Gajus über die legis actio per condictionem.

Ehe wir weiter gehen, müssen wir jetzt noch Etwas über einige Aeußerungen des Gajus hinzufügen.

Wenn wir nämlich vor allen Dingen noch einmal auf den schon im Eingange des §. 15 berührten, bei Gajus erwähnten [1]) Zweifel darüber zurückblicken, weshalb die legis actio per condictionem eingeführt worden sey, da überall, wo es sich um ein dare oportere gehandelt hätte, sacramento oder per judicis postulationem habe agirt werden können: so kann nach unserer bisherigen Darstellung jener legis actio ein solcher Zweifel auf den ersten Blick wunderbar erscheinen. Denn darnach liegt der Grund der Einführung ganz einfach in der bei solchen Anforderungen nothwendigen Begünstigung des Klägers und es läßt sich nicht füglich absehen, wie auch später noch genauer nachgewiesen werden wird (23.), wo noch ein anderer Grund gelegen haben möchte, wiewohl sich die Möglichkeit davon bei der Spärlichkeit unserer Quellen nicht absolut leugnen läßt. Ist dies nun aber unwahrscheinlich, so muß ein Grund jenes Zweifels aufgesucht werden

1) *Gaj.* IV, 20: „Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento, aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur."

und der ist nicht schwer zu finden. Denn wenn wir uns denken, daß die römischen Juristen den historischen Zusammenhang der Sache nicht im Ganzen auffaßten und den gedachten letzten Grund der Einführung der legis actio per condictionem erkannten, — was bei der mangelhaften historischen Bildung der Römer nicht eben wunderbar ist, — vielmehr die einzelnen von uns herausgestellten Momente, deren Entstehen freilich nach unserer Darstellung mehr als Folge zu betrachten ist, als Gründe auffaßten, so konnte allerdings leicht Zweifel entstehen, ob sie eingeführt ward, um eine zweckmäßigere Einleitung der Processe zu gewinnen, oder die Behörden zu erleichtern, oder des lästigen, dem Staate zu zahlenden Succumbenzgeldes sich zu entledigen u. s. w.

Ferner äußert sich Gajus gleich in den ersten Worten, welche uns von seinem Berichte über die legis actio per condictionem übrig geblieben sind, dahin, daß sie eigentlich condictio genannt worden sey, weil dabei eine Denunciation zur Einleitung des Processes angewandt worden wäre; daß aber zu seiner Zeit die Klagen in personam auf ein dare oportere nicht eigentlich Condictionen genannt würden, weil dabei jetzt keine Denunciation mehr vorkomme[2]). Diese Aeußerung ist an sich vollkommen plan, ist auch schon sonst beleuchtet und ganz richtig verstanden worden[3]); allein sie kann gegen unsere Darstellung in so fern Zweifel erregen, als

---

2) *Gaj.* IV, 18.: „Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denunciabat, ut ad judicem capiendum die tricesimo adesset. Nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus, dari nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit."

3) Savigny a. a. O. S. 596—599.

wir die Denunciation als eine verkürzte Proceßeinleitungsart darstellten. Wäre dieses richtig, würde sich nämlich hier einwenden lassen, so würde sie sicher auch noch später so beibehalten worden seyn, da es auch da noch bei klaren Schuldforderungen darauf angekommen seyn müsse, sie schleunig abzumachen; die Stelle aber, welche uns diese Nothwendigkeit der Beschleunigung zugleich mit der Notiz des Gajus bestätige, sage geradezu, daß die gedachten Händel durch Denunciation nicht ausgemacht worden seyen und zwar gerade deshalb nicht, weil dies ein zu langwieriger Weg gewesen wäre[4]).

Wenn wir jedoch auf Das zurücksehen, was wir schon früher bemerkten, daß nämlich die Fristen bei der Denunciation in der späteren Zeit sehr erweitert wurden (§. 14. Note 22[a] und 35), so erklärt sich Alles ganz einfach; denn mit den Fristverlängerungen fiel ganz natürlich der eine, ursprünglich mit der Denunciation verbundene, hauptsächliche Vortheil ganz weg und es bedurfte deshalb für schleunige Fälle einer anderen Proceßeinleitungsform. Die Fristverlängerungen waren aber eine nothwendige Folge der Ausbreitung der Proceßeinleitung durch Denunciation überhaupt. Wenn nämlich

---

4) c. 6. C. Th. de denunc. (2, 4.): „Si quis debiti quod vel ex foenore, vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est, seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentariam possessionem pervasione violatam, vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae, seu negotiorum actionem intendat, ruptis denunciationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere, denunciatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri.“

dadurch nach und nach in der Regel jeder Proceß begonnen ward, so mußte es freilich viele Fälle geben, für welche kurze Fristen nicht paßten. So wurden nach und nach allgemein längere Fristen eingeführt und dadurch entstand, daß die Denunciation für schleunige Fälle, namentlich die durch legis actio per condictionem auszufechtenden Darlehnsforderungen, eine unpassende Proceßeinleitung bot.

Bedenklich könnte blos scheinen, daß die Stelle im theodosianischen Codex von Arkadius, Honorius und Theodos herrührt und daher viel jünger ist, als die Institutionen des Gajus. Allein deshalb, weil jene Verordnung von diesen Kaisern herrührt, braucht man noch nicht anzunehmen, daß sie unter ihnen erst entstanden sey, vielmehr könnte sich die Sache zu Gajus' Zeit füglich schon so wie nach jenem Gesetze verhalten haben, da die Constitutionen der Kaiser bekanntlich meistens schon vorhandene Rechtssätze enthalten, die etwa nur zusammengefaßt oder modificirt werden, und das ist hier wirklich und offenbar zum Theile der Fall, weil sonst Gajus rücksichtlich der Obligationen auf dare oportere nicht schon sagen könnte: „nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit." Entweder gab daher das Zusammenfassen aller der Fälle, wo der Proceß durch Denunciation nicht eröffnet wird, zu der Constitution Veranlassung, oder die Festsetzung neuer Fälle, die mit den schon vorhandenen älteren gleichgestellt wurden. Möglicher Weise könnte die Aenderung auch darin liegen, daß man früher aus allen Obligationen auf dare oportere ohne Unterschied der Kürze halber nicht mehr durch Denunciation den Proceß begann[5]) und daß

5) Daß dies zu Gajus' Zeit wirklich so war, ergibt ganz klar *Gaj.* IV, 18.

später das Extraordinarverfahren auf derartige schriftliche Forderungen beschränkt ward, etwa wie wir im Executivprocesse klaren Urkundenbeweis verlangen, wenn die processualischen Begünstigungen desselben eintreten sollen. Dies ergibt die in Note 4 citirte Constitution mit Wahrscheinlichkeit, wiewohl nicht mit Nothwendigkeit[6]). Jedenfalls steht daher die citirte Stelle des Codex Theodosianus mit der des Gajus nicht im Widerstreite und beweist nicht gegen Das, was wir im §. 14 über die **legis actio per condictionem** vortrugen.

Endlich ist noch die Aeußerung des Gajus zu erwähnen, wornach keine Formel der Condictio nachgebildet ist, d. h. nirgends bei der Klage auf **pecunia** und **res certa** neben der Intentio auf **dari oportere** der **condictio** gedacht wird[7]). Sie erklärt sich nach dem Vorhergehenden sehr leicht. Die eigentliche **condictio** oder **denunciatio** besteht, wie wir wissen (§. 12), in der **testatio** oder **nuncupatio**. Sie ist das

---

6) Auf eine Beschränkung des Extraordinarverfahrens auf schriftliche Darlehnsforderungen scheint die c. 6. C. Th. cit. vorzüglich im Vergleich mit c. 3. C. Th. eod. zu deuten (Bethm. Hollweg, Handbuch des Processes S. 251), wiewohl nicht gerade nothwendig; denn die Worte in der ersteren Stelle: „**In litterarum obligationem facta cautione translatum est**" können sehr wohl blos auf das **debitum ex alio quolibet titulo** bezogen werden und gehen nicht nothwendig auch auf das **debitum, quod vel ex foenore, vel mutuo data pecunia sumsit exordium**, auch ist Urkundenbeweis nicht überall etwa für das Extraordinarverfahren erforderlich, z. B. natürlich nicht, wo mit einem Interdict, oder der **actio tutelae**, oder **negotiorum gestorum** geklagt wird, oder in den Rechtshändeln bis zu hundert Solidi.

7) *Gaj.* IV, 33.: „**Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem.**"

Formelle, was das fragliche materielle Rechtsverhältniß umfaßt, einschließt. Letzteres läßt sich, wie wir gleichfalls bemerkten (§. 12), davon abgetrennt denken. Dann ist die denunciatio aber das rein Formelle, Steife, was in jedem einzelnen Falle ganz auf die gleiche Weise wiederkehrt. Als solches paßt es aber nicht in die Formel; denn diese ist zwar auch formell, allein nicht unbeweglich, schließt sich vielmehr immer eng an das fragliche materielle Rechtsverhältniß an, accommodirt sich diesem. Dann ist aber nicht zu verwundern, wenn die denunciatio als gänzlich ungeschickt, eine Klage nach ihren besonderen Seiten auszudrücken, nicht mit in den Formularproceß überging. Die denunciatio als reine Form wurde ja auch bei der legis actio per condictionem lediglich angewandt, um den Proceß auf zweckmäßige Weise einzuleiten, einen Litiscontestationstermin auf die kürzeste und wirksamste Weise zu bestimmen.

So stehen die sämmtlichen in diesem §. berührten Aeußerungen des Gajus über die condictio nicht nur mit Dem, was wir in den vorigen drei §§. ausführten, nicht im Widerspruche, sondern im vollsten Einklange und dienen also dem von uns Ausgeführten zur Unterstützung.

§. 18.

Wirkungen der Denunciation in processualischer Beziehung.

Wir müssen nach diesen Erörterungen über die legis actio per condictionem für unseren Zweck weiter auf die Wirkungen der Denunciation, sofern sie zur Proceßeinleitung gebraucht wird, eingehen. Haben die Denunciationen einen rechtlichen Grund, dieser ist bestimmt und formgerecht in ihnen ausgedrückt und sie selbst sind in förmlicher Weise vollzogen, so werden da-

durch dem Denuncianten verschiedene Rechte erworben, so wie er dadurch auch in mehrfacher Beziehung gebunden wird.

Dies ergibt sich schon ganz klar, wenn wir auf die Criminalsachen hinsehen, obwohl hier die Quellen viel spärlicher sind, als für die Civilsachen. Denn hier wird einmal schon durch die Denunciation, welche also die Sache gewissermaaßen rechtshängig macht, bewirkt, daß der Proceß auch gegen den Abwesenden in contumaciam fortgesetzt und er, freilich nicht mit einer härteren Strafe als der der Relegation, bestraft werden kann, was vor bewirkter Denunciation nicht geschehen dürfte, wo der Verdächtige blos als requirendus annotirt werden könnte[1]). Sodann kann der Ehemann die Ehebrecherin vor dem Ehebrecher nur so lange anklagen, bis sie sich wieder verheirathet hat, nicht nachher, wenn er nicht zuvor den Ehebrecher accusirte und es zur Condemnation desselben brachte. Durch eine der Ehebrecherin vor der anderweiten Verheirathung gemachte Denunciation kann er sich aber selbst für den Fall der erfolgenden weiteren Verheirathung das Recht erhalten, sie zuerst anzuklagen[2]). Dagegen ist der Ankläger auch in der Regel mit der Denunciation zur Fortsetzung der Sache gehalten und verfällt, wenn er die Sache liegen läßt, ohne Abolition zu erhalten, dem Senatus Consultum Turpillianum[3]).

Noch weit specieller als bei Criminalsachen lassen sich die

---

1) c. 6. C. de accus. (9, 2.) vergl. mit fr. 5. pr. D. de poenis (48, 19.) In Capitalsachen wird kein absens condemnirt. *Paul.* R. S. V, 5, A. §. 9.

2) fr. 2. pr. fr. 5, 16, 17. §. 1, 2 und 6. fr. 39. §. 3. und 6. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

3) fr. 1. §. 10. vergl. mit fr. 4. D. ad Sct. Turpill. (48, 16.) fr. 39. §. 6. D. ad L. Jul. de adult.

Wirkungen einer proceßeinleitenden Denunciation bei den Civilsachen aufzeigen, wo die Quellen viel reicher sind. Zu diesen für uns bei Weitem interessantesten Wirkungen wollen wir jetzt übergehen.

Da sich nachweisen lassen wird, daß fast alle Hauptwirkungen der Litiscontestation da, wo der Proceß mit einer Denunciation begonnen ward, schon mit dieser eintraten, dagegen sich darüber kein bestimmter Nachweis geben läßt, in welcher Reihenfolge diese Wirkungen der Zeit nach bei der Denunciation hervortraten, so ist es einer schwankenden chronologischen Folge bei der folgenden Darstellung dieser Wirkungen vorzuziehen, sie in der Ordnung zu durchgehen, wie wir es der Sache nach für das Passendste halten.

Erinnern wir zuvörderst nochmals an die Wirkungen der Litiscontestation in einer solchen Ordnung, so sprechen wir nicht von der Litiscontestation der ältesten Zeit, sondern von der, wie sie sich zur Zeit des ordo judiciorum privatorum gestaltet hatte, wo sie ein ideeller Punct, der Schied zwischen dem Verfahren in jure und dem in judicio geworden war.

Da beginnen wir von der processualischen Consumtion, welche von dem an sich ganz vernünftigen Principe stammt, daß zwischen Zweien nur einmal über das nämliche Rechtsverhältniß gestritten werden könne, was aber in dem älteren römischen Rechte zu starr und zwar bis dahin durchgeführt ward, daß selbst eine erhobene, wenn auch nicht durchgeführte, Klage nicht wieder angestellt werden könne. Dieses Princip, welchem, wo es nicht ipso jure durchschlug, durch eine Exception Wirksamkeit verschafft ward, ist ganz offenbar aus dem Legisactionenprocesse in den Formularproceß übergegangen. So wie dort die geringsten Fehler der Klage die Sache auf immer hinfällig machten, so hier die unrichtige

Wahl der Formel, oder der Umstand, daß man den nach richtig gewählter Formel begonnenen Proceß nicht durchführte, liegen ließ (§. 6). Von diesem Principe hing es ab, daß überall da, wo dem Kläger eine Wahl unter mehreren Beklagten, mehreren einzuklagenden Objecten, mehreren Gerichtsständen und Klagen zustand, oder auch wo wegen des nämlichen Rechtes mehrere Kläger auftreten konnten, die einmal getroffene Wahl mit dem Momente der Litiscontestation für immer entschied.

Von der Consumtion gehen wir dann zu der mit dem nämlichen Momente eintretenden s. g. Perpetuation der Klagen über, welche wie jene in ihren verschiedenen Momenten zu verfolgen ist. Mit der Perpetuation der Klagen hängt die Unterbrechung der Verjährung und die Transmission derjenigen Klagen auf die Erben zusammen, welche, noch nicht erhoben, mit des Klageberechtigten Tode untergegangen wären. Die Perpetuation beruhte wohl darauf, daß man bei dem Untergange unterworfenen Klagen annahm, sie seyen nach der Erhebung nicht mehr etwas blos Mögliches, sondern Wirkliches, Reelles, was in das Vermögen übergegangen und deshalb wie ein anderer Vermögenstheil anzusehen sey. Deshalb konnten sie nun vererbt werden und waren, nachdem die einjährige und achtzehnmonatliche Proceßverjährung sich verloren hatte, allgemein bis zur Einführung der dreißigjährigen Verjährung durch Theodos, perpetuae; denn nur unerhoben gingen sie ja, eben durch die Nichterhebung, unter.

Ein weiterer von den vorigen getrennter Moment ist der, daß die vom Magistrate gegebene Formel ein bedingtes Urtheil ist, daß daher durch die Litiscontestation die Sache eigentlich schon als festgestellt angesehen werden muß und daß deshalb, wenn die Bedingung erfüllt wird, welche

dem Kläger, um die Condemnation des Beklagten zu erlangen, gestellt ist, die Condemnation in der Regel auf Das erfolgen muß, was der Kläger gehabt haben würde, wenn der Beklagte sofort bei der Litiscontestation geleistet hätte. Erfüllt der Kläger nämlich die gestellte Bedingung, führt er den ihm obliegenden Beweis, so ist anzunehmen, daß er mit Recht klagte und daß daher der Beklagte, welcher von dem Stande der Sache und den Ansprüchen des Klägers in Kenntniß gesetzt war, von da an mit Unrecht, mala fide, das Verlangte zurückhielt, so daß der Beklagte sich über die Verurtheilung in jener Maaße nicht beschweren kann. Hierdurch ist bedingt, daß das Proceßobject von dem Momente der Litiscontestation an unverrückt bleiben und der Beklagte die immittelst davon gezogenen Nutzungen dem Kläger erstatten muß, auch daß die Ersitzung nicht mehr vollendet werden kann.

Zwar könnte auch die Consumtion aus dem Gedanken der Litiscontestation, sofern wir sie als ein hypothetisches Urtheil nehmen, entsprungen seyn und später hat sie sich wohl dadurch mit so lange erhalten, daß man die Sache auf diese Art ansah; allein ihr vorhin angegebener Ursprung, der freilich auch wieder mit jenem Gedanken zusammenhängt, scheint der natürlichere, eigentliche.

Ehe wir aber jetzt zu den einzelnen Puncten selbst übergehen, um zu zeigen, wie die Wirkungen der Litiscontestation auf den Moment der Denunciation übergegangen sind, muß noch eine Bemerkung über Etwas, was fast bei jedem Puncte wiederkehrt, vorausgeschickt werden. Wir finden nämlich in dem Corpus Juris, wie die folgenden §§. hinreichend bestätigen werden, häufig mit der conventio dieselben Wirkungen verbunden, wie mit der Denunciation. Ja, die conventio ist dort viel äufiger erwähnt, als die denunciatio, weil diese zu Justi-

nian's Zeit die regelmäßige Proceßeinleitungsform zu seyn längst aufgehört hatte. Wir tragen nun kein Bedenken, das, was von der conventio gilt, auch als für die denunciatio geltend anzusehen. Dafür scheint als ein ausreichender Grund schon betrachtet werden zu können, daß conventio in den Quellen jede Benachrichtigung des Beklagten von der Anstellung der Klage bedeutet, wie uns noch die mannigfachsten Stellen ausreichende Belege dafür seyn werden, und daß eine conventio stets auch in jeder denunciatio der Klage an Beklagten lag. Dies ergeben schon ganz klar die Redensarten, denunciatione convenire, testato convenire[4]) u. s. w. (vergl. §. 2.). Außerdem spricht dafür, conventio und denunciatio gleichbedeutend zu nehmen, daß, wie wir bereits erinnerten, beide häufig offenbar dieselben Wirkungen haben, und endlich noch, daß, wie die fernere Entwickelung zeigen wird, die conventio an die Stelle der denunciatio getreten ist.

§. 19.

Fortsetzung.

Die processualische Consumtion.

Wenn mit dem Momente der Litiscontestation die Obligation, welche vor erhobener Klage zwischen den Parteien bestand, durch die actio in der Maaße aufgezehrt ward, daß neben dieser nur noch eine naturalis obligatio bestand[1]); aber

4) c. 10. C. de pign. (8, 14.) c. 7. C. quomodo et quando jud. (7, 43.) *Paul.* R. S. II, 21, A. §. 13. 17, 18. V, 5. A. §. 7. fr. 10. §. 3. D. quae in fraud. cred. (42, 8.) fr. 122. §. 3. D. de V. O. (45, 1.) fr. 8. pr. D. de bon. libert. (38, 2.)

1) Die naturalis obligatio ward durch die Litiscontestation nicht zerstört. fr. 8. §. 3. D. de fidejus. (46, 1.) Zweifelhaft könnte nur scheinen, ob die naturalis obligatio auch blieb, wenn die obligatio ipso jure aufgehoben ward. Dafür weiß ich freilich keinen entscheidenden Beleg.

eine andere als die angestellte actio nicht mehr möglich, sondern für immer ausgeschlossen war, so konnte nach der Litiscontestation von dem Kläger an der erhobenen Klage natürlich auch nichts Wesentliches mehr geändert werden und zwar war der Kläger daran theils ipso jure, theils durch die exceptio rei in judicium deductae gehindert (§. 6.), welche zwar nur Eine unmittelbare Spur in dem Corpus Juris hinterlassen hat[2]), deren Folgen sich sonst aber mehrfach zeigen.

Wesentlich für die actio war aber natürlich vor allen Dingen die Person des Beklagten selbst. Hatte also vor der Litiscontestation der Kläger auch die Wahl zwischen mehreren Beklagten, von denen er Jeden rücksichtlich des nämlichen Rechtsverhältnisses belangen konnte, so verlor er doch diese Wahl entschieden mit der Litiscontestation und konnte sich von da an lediglich an den ausgewählten Beklagten halten[3]).

Was nun diese Wahl zwischen zwei möglichen Beklagten betrifft, so beweisen die Quellen klar, daß später darüber schon durch die conventio unwiderruflich entschieden ward, so daß nach dieser nicht mehr variirt werden konnte und nicht gewählte Beklagte für immer frei wurden.

Ganz klar wird dies in mehrfacher Beziehung aus dem Pandectentitel de noxalibus actionibus, wo von den Noxalklagen wegen Beschädigungen durch Sclaven gehandelt ist. Hier wurde der Verkäufer des Sclaven, welcher um die Beschädigung wußte und sie hindern konnte, aber nicht hinderte, frei von der Klage mit dem Momente der conventio des Käufers[4]).

---

2) fr. 5. D. de exc. rei jud. (44, 2.) Keller, Litisc. und Urtheil S. 110.

3) *Cic.* ad Attic. XVI, 15.

4) fr. 7. §. 1. D. de N. A. (9, 4.)

„Pomponius ait, si emtor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri jam non posse."

Wenn ferner von mehreren Miteigenthümern eines Sclaven, welcher einen Schaden anrichtete, derjenige belangt wurde, welcher Kenntniß von dem Schaden hatte, ohne ihn zu hindern, so wurden mit dessen conventio ebenfalls die anderen von aller Klage frei[5]).

„Si communis familia vel communis servus furtum fecerit, altero ex dominis sciente, is, qui scit, omnium nomine tenebitur et conventus alterum quoque liberat."

Das Nämliche hatte bei der Noxalklage auch noch in anderen Fällen statt, wo der Beschädigte die Wahl zwischen mehreren Beklagten hatte[6]). Auch hier befreite die Wahl, welche durch conventio getroffen ward[7]), alle Uebrigen[8]).

„Electio vero alterum liberabit."

So verhält es sich auch bei der actio de peculio und de in rem verso, wenn der zu Belangende stirbt und mehrere Erben hinterläßt, oder wenn mehrere fructuarii oder bonae fidei possessores vorhanden sind, die beansprucht werden können. Wird hier Einer von den Mehreren belangt, so sind alle Uebrigen frei[9]).

„Si ex duobus vel pluribus heredibus ejus, qui manumisso servo, vel libero esse jusso, vel

5) fr. 9. D. eod.

6) fr. 24, 25, 26. pr. §. 1—4. D. eod.

7) fr. 24. und fr. 26. §. 1. D. eod.

8) fr. 26. pr. D. eod.

9) fr. 32. pr. D. de pecul. (15, 1.)

alienato, vel mortuo, intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in majorem quantitatem ejus peculii, quod penes se habet, qui convenitur, condemnetur. Idque ita Julianus scripsit. Idemque est, si in alterius rem fuerit versum. Sed et si plures sint fructuarii, vel bonae fidei possessores, unus conventus caeteros liberat, quamvis non majoris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet; nam qui cum servo contrahit, universum peculium ejus, quod ubicunque est, veluti patrimonium intuetur."

Diese Stelle ist uns aber auch noch in der Rücksicht merkwürdig, weil sie uns in den Endworten die Hinneigung des späteren Rechtes zeigt, diese consumirende Wirkung aufzuheben, von welcher sich wirklich in dem justinianeischen Rechte auch nur wenige Spuren finden[10]); — denn nur nach strengem Rechte, nicht nach der späteren aequitas, ist die conventio nach weiterem Inhalte der Stelle entscheidend und was daher der Kläger von dem Einen nicht bekommt, kann er nach der aequitas noch von dem Anderen einklagen, — und weil sie für das frühere strenge Recht durch die Worte, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet, ganz klar zeigt, daß nicht in allen Fällen und für welche Fälle die Consumtion eintrat[11]).

10) Francke im Archiv für Civil. Praxis. Bd. 23. S. 414. fgg.
11) Keller, Litisc. und Urtheil S. 245. fgg.

Nach folgender Stelle[12]) könnte scheinen, daß das Nämliche auch bei dem interdictum quod vi aut clam, wenn von Mehreren, welche verklagt werden können, jeder solidarisch haftete, gegolten habe.

„Si in sepulcro alieno terra congesta fuerit jussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum, Labeo scribit. Et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno, vel cum singulis experiri, opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. Si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum scilicet in solidum. Itaque alter conventus alterum non liberabit; quinimo perceptio ab altero. Superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat."

Inzwischen muß nach Ribbentrop's trefflicher Erklärung dieser Stelle[12a]) doch wohl das Gegentheil angenommen werden.

Dagegen bestätigt sich bei Correalobligationen unsere Ansicht vollkommen. Denn wenn von zwei reis promittendi der Eine verklagt wird, so ist dadurch die Klage gegen den Anderen eben so ausgeschlossen, wie die Klage des Einen von zwei reis stipulandi — denn die Person des Klägers ist für die Sache so wesentlich, wie die des Beklagten — die des Anderen ganz aus dem nämlichen Grunde ausschließt[13]).

---

12) fr. 15. §. 2. D. quod vi aut cl. (43, 24.)

12a) Ribbentrop, Correaloblig. S. 95—106.

13) fr. 2. D. de duob. reis, (45, 2.) vergl. mit fr. 16. D eod. fr. 31. §. 1. D. de novat (46, 2.) Vergl. auch noch Keller a. a. O. S. 242. und die dort in den Noten abgedruckten Stellen.

„Cum duo eandem pecuniam aut promiserunt, aut stipulati sunt, ipso jure et singuli in solidum debentur et singuli debent, ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio."

Bei mehreren reis promittendi ist übrigens die Befreiung der Uebrigen durch die Klage gegen den Einen eben so aufgehoben [14a]), wie bei der actio de peculio und de in rem verso auch schon durch die aequitas. So bliebe von alle dem hier Ausgeführten, da die Noxalklagen wegen Beschädigungen durch Sclaven nicht mehr existiren, für die Praxis wenig übrig.

Außerdem beweist dafür, daß die conventio in einem jeden gleichen Verhältnisse, wie die eben aufgezählten sind, den Ausschlag gab und die Wahl unwiderruflich machte, auch noch der Umstand, daß die Quellen sehr häufig da, wo bei ähnlichen Verhältnissen zweifelhaft seyn konnte, ob die Befreiung eintreten möchte und wo sie sich gegen die Consumtion aussprechen, auch die conventio als den entscheidenden Moment bezeichnen [14b]).

„Nec altero convento alter liberabitur."

Ferner [15]):

„Nec Titio convento Maevius liberatur."

Desgleichen [16]):

„Judicio convento principali debitore, mandator non liberatur; tamen etc."

14a) c. 28. C. de fideiuss. (8, 41.)
14b) fr. 5. D. de N. A. (9, 4.)
15) fr. 116. D. de V. O. (45, 1.)
16) fr. 71. pr. D. de fideiuss. (46, 1.)

Eben so[17]):

„Qui, et si furti teneatur, hac actione conventus, furti non liberatur."

Was nun ferner die Wahl zwischen zwei verschiedenen Objecten betrifft, welche einem Kläger zustand, so ist klar, daß das Object einen eben so wesentlichen Theil der Klage bildete, als die Person des Beklagten. Deshalb war in der früheren Zeit auch hier die Litiscontestation entscheidend. Von da an konnte der Kläger nicht mehr auf ein anderes Object überspringen[18]). Auch hier war jedoch später der entscheidende Moment die Denunciation (§. 10. E. 2 und Note 2), wenn auch später die aequitas hier gegen die Nachtheile einer unrichtigen Wahl zum Theile wenigstens schützte. So heißt es bei der optio legati unter Anderem[19]):

„Quia omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumsit."

Ferner heißt es da, wo gesagt ist, daß der Patron und dessen Kinder nicht bonorum possessio contra tabulas bekommen könnten, wenn sie nach des libertus Willen dessen Erbschaft anträten, oder ein Legat oder Fideicommiß forderten[20]), so[21]):

„Si vero non habuit effectum petitio ejus, dico, non impediri, quominus adjuvetur. Quinimo et si sic adit, quasi ex debita portione institutus, mox apparuit, eum minorem partem, quam speravit, accepisse: aequissimum est, admitti eum ad suum

17) fr. 1. §. 22. D. de tut. et rat. distr. (27, 3.)

18) fr. 33. D. de leg. I. (30.)

19) fr. 20. D. de opt. leg. (33, 5.)

20) fr. 6. §. 4. und fr. 7. D. de bon. libert. (38, 2.)

21) fr. 8. D. eod.

auxilium. Sed et si testato convenisset heredem, ut sibi legatum solveretur, mox poenituisset, puto eum posse adjuvari."

Gegen eine effectlose petitio, was hier wohl blos eine außergerichtliche, wie öfter, ist, jedenfalls wohl kein durchgeführter Proceß, — denn dieses zeigt die Steigerung, welche in den weiteren Fällen enthalten ist, — wird dem Patron geholfen, ja, sogar gegen einen Erbschaftsantritt, wenn sich auswies, daß er einen zu geringen Erbtheil bekam; aber auch selbst dann noch, wenn er dem Erben denunciirt, ihm ein Legat zu zahlen, also wenn eine conventio eintritt und er bald reut, kann ihm geholfen werden. Daß eine Steigerung der Fälle hier vorliegt, zeigt nicht nur der ganze Zusammenhang der Sache, — die Stelle würde, wenn wir das nicht annähmen, wenigstens matt erscheinen, — sondern auch das quinimo bei dem zweiten und das sed et bei dem dritten Falle. Dann liegt offenbar folgender Gedanke in dem Fragmente: Wenn selbst bei den beiden ersten Fällen, welche die weniger bedenklichen sind, geholfen werden kann, so ist das bei dem dritten bedenklichsten doch eigentlich wohl nicht eben so; denn das weis Jeder, daß mit der conventio die Consumtion eintritt. Der Jurist fügt aber hinzu, bei alsbaldiger Reue glaubte er indessen doch, daß selbst in diesem Falle geholfen werden könne. Adjuvari könnte auf die Restitution gehen, deutet hier aber, wenn wir auf den ersten Fall zurücksehen, wo es auch vorkommt und dann auf den zweiten, wo es heißt, aequissimum est, admitti eum ad suum auxilium, höchst wahrscheinlich blos auf das spätere mildere Recht, auf die aequitas, welche, wie wir schon oben sahen, darauf ausging, die consumirende Wirkung der conventio, ursprünglich Litiscontestation, aufzuheben.

Auch wenn Jemand zwei Objecte, z. B. zwei Sclaven, alternativ stipulirte und sich die Wahl mit den Ausdrücken „quem volam" vorbehielt, so entschied unwiderruflich das dictare judicium [22]), was nach einer alsbald folgenden Erklärung einer anderen Stelle auf die Zeit der conventio hinwies.

Folgendes scheint ferner für unsere bisherigen Ausführungen zu sprechen. In der einen Stelle [23]) ist davon die Rede, daß bei der actio de peculio auch der Zuwachs und die Verminderung des peculium in Anschlag zu bringen und deshalb auf den gegenwärtigen Zustand zu sehen sey. Dann fährt sie fort:

> „Quare circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio, posse nos ab emptore consequi: nec retrorsus, velut in uno judicio, ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit."

Daraus läßt sich mit Recht schließen, daß, wo nicht auf den Zuwachs und die Verminderung gesehen ward, sondern, wie die Stelle weiter oben sagt, auf das praecedens, d. h. auf den Zustand des geklagten Objects zur Zeit des Proceßbeginnes, nicht sowohl die Zeit der Litiscontestation, sondern id tempus, quo conveniebatur reus, berücksichtigt wurde.

Endlich scheint sich die Ausführung des Vorhergehenden auch dadurch zu befestigen, daß, während in der einen Stelle noch davon gehandelt wird, ob nach der Litiscontestation noch

22) fr. 112. pr. D. de V. O. (45, 1.)
23) fr. 32. §. 1. D. de pecul. (15, 1.)

ein Bürge bestellt werden kann[24]), in einer anderen ebenfalls diese Frage auf die conventio bezogen wird[25]).

„Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest: et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbatur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est."

Diese Stelle ist uns aber vorzüglich noch deshalb wichtig, weil wir aus derselben genau sehen, daß unter dem Zeitpuncte der conventio nicht, wie etwa Einige meinen möchten, die Litiscontestation zu verstehen ist; interessant aber auch, weil die Ausdrücke in der Stelle von dem Juristen, welcher sie schrieb, wohl offenbar in ganz anderer Bedeutung gebraucht wurden, als in welcher sie für die justinianeische Zeit zu nehmen sind.

Was den ersten Punct betrifft, so ist offenbar dem convenire die dictata actio oder, was ganz dasselbe ist, das dictatum judicium gleichgestellt; dare oder dictare actionem ist aber nach den Quellen[26]) nichts als eine Art zu ediren, was von der Litiscontestation natürlich in so fern verschieden war, als die Edition nur die Einleitung zu den Litiscontestationsverhandlungen bildete.

---

24) fr. 8. §. 3. D. de fidej. (46, 1.)

25) fr. 50. §. 2. D. de pecul. (15, 1)

26) fr. 1. pr. §. 1. D. de edendo (2, 13.) Vergl. auch hierüber und zu dem in diesem Satze noch Folgenden §. 21. Note 19.

Was aber den zweiten Punct betrifft, so ist zuvörderst zu bemerken, daß, wenn in unserer Stelle das convenire mit dem dictare, edere actionem gleichgestellt ist, dieses nicht verwundern kann, weil zur Zeit Papinian's, von dem die Stelle herrührt, die denunciatio oder auch die noch spätere conventio, wie wir sie zu Justinian's Zeit namentlich finden, wo mit ihr dem Beklagten die erhobene Klage schriftlich bekannt gemacht wurde, noch nichts weniger als allgemein im Gebrauche waren und dann also in allen nicht durch denunciatio eingeleiteten Händeln erst an den Beklagten eine conventio durch die editio actionis bewirkt ward, an welche sich auch nicht immer unmittelbar die vollen Litiscontestationsverhandlungen, wie bemerkt, anschlossen; denn zu diesen konnte ja sehr wohl, wie wir früher sahen, Frist erbeten werden. Wenn zu Justinian's Zeit aber der libellus conventionis, wie wir später noch sehen werden, den Proceß eröffnete und mit dessen Mittheilung an Beklagten die Edition der Klage bewirkt ward, so bedeutet im justinianeischen Rechte das edere, dictare actionem diesen Zeitpunct und geht also auf einen weiter als in der früheren Zeit vorgerückten Moment, abgesehen vielleicht von den Sachen, wo eine extraordinaria cognitio statt hatte. (§. 24 am Ende.)

Interessant und bestätigend für unsere Ansicht ist aber auch das Ende der Stelle, woraus wir sehen, daß durch editio actionis oder conventio der geklagte civile Anspruch für in judicium transferirt angesehen ward, so wie die naturalis obligatio dieses dadurch nicht war. Ursprünglich war es überall bekanntlich nur die Litiscontestation, welche eine Sache in judicium transferirte, oder deducirte.

Für wesentlich wurde auch ursprünglich die Wahl des Gerichtsstandes und zwar ganz in der nämlichen Art angesehen,

wie die Wahl unter mehreren Beklagten und Proceßobjecten. Wer daher unter mehreren Gerichtsständen einen ausgewählt und da geklagt hatte, der mußte die Sache da auch fortsetzen, die nun unter keiner Bedingung an ein anderes Gericht transferirt werden konnte. Wenn der Kläger davon abweichen wollte, so stand ihm auch hier die exceptio rei in judicium deductae entgegen, die das justinianeische Recht nicht mehr kennt, weil man die Steifheit des Principes als unpractisch erkannt hatte, und er verlor die ganze Sache. Von ihr, wie Francke trefflich bemerkt[27]), ist nur der Satz übrig geblieben, daß eine einmal erhobene Klage bei dem Gerichte ausgemacht werden soll, wo sie angestellt ist, und daß also nun der Proceß nicht willkührlich an ein anderes Gericht übertragen werden kann; aber ohne daß dem gegen diese Regel sündigenden Kläger Proceßverlust droht.

Fragen wir nach dem Momente, mit welchem in dem einzelnen Falle jener Satz Gültigkeit erhielt, so war dies ohne Zweifel ebenfalls von vorn herein die Litiscontestation.

> „Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet“[28]).

Eben so unzweifelhaft ist dies später die conventio nach einer restituirten Stelle[29]):

---

27) Francke a. a. O. S. 417.

28) fr. 30. D. de judic. (5, 1.) Vergl. fr. 19. D. de jurisd. (2, 1.), wo post susceptam cognitionem auch auf die Litiscontestation zu gehen scheint.

29) c. 4. C. de in jus vocando (2, 2.) Die Stelle ist aus den Basiliken VII, 8. §. 29. restituirt. Wir geben sie nach der Ausgabe von Heimbach. Vergl. mit dieser Stelle fr. 7. D. de jud., wo die in jus vocatio wie in der ersten Stelle zu verstehen ist. Siehe aber vorzüglich auch c. 18. §. 7. C. de re milit. (12, 36.)

„Ὁ ἅπαξ αἰτιασάμενός τινα ἐν τῇ βασιλίδι πόλει, ἢ ἐν ἐπαρχίαις, μετὰ ὑπόμνησιν προσενεχθεῖσαν αὐτῷ μηκέτι τὸν αὐτὸν ὑπεύθυνον μηδὲ ἐγγράφως, μηδὲ ἀγράφως αἰτιάσθω· τουτέστι μὴ ποιείτω κατ' αὐτοῦ προσελεύσεις ἀγράφως, ἀλλὰ τῷ πρώτῳ δικαστῇ παραμενέτω. ὁ δὲ τὴν ὑπόμνησιν δεξάμενος, εἰ καὶ εἰς ἑτέραν μετασταίη τάξιν, στρατευσάμενος τυχόν, ἢ κληρικὸς γενόμενος, ἀποκρινέσθω πάντως ἐν τῷ πρώτῳ δικαστηρίῳ, τῷ κατὰ τὴν προτέραν αὐτοῦ τάξιν νομισθέντι προσφόρῳ, μηδεμίαν ἔχων φόρου παραγραφήν. ὁ δὲ ἅπαξ αἰτιασάμενος, ἐὰν μετὰ τὸ προσενεχθῆναι τὴν ὑπόμνησιν τῷ αἰτιαθέντι εἰς ἕτερον αὐτὸν καλέσῃ δικαστήριον ἐπὶ ταῖς αὐταῖς αἰτίαις, καὶ τὸ ἀζήμιον ποιείτω τῷ αἰτιαθέντι καὶ τῆς δίκης ἐκπιπτέτω, εἰ καὶ δικαίαν εἶχεν ἀγωγήν.“

„Qui semel aliquem in jus vocavit in regia urbe, vel in provinciis, post libellum conventionis ei oblatum amplius eundem reum neque in scripto, neque sine scripto conveniat: id est, judicem adversus eum sine scripto ne adeat, sed apud priorem judicem permaneat. Qui vero libellum conventionis accepit, licet in aliam conditionem translatus fuerit, miles forte vel clericus factus, omnino in priore judicio respondeat, quod ratione pristinae ejus conditionis habita competens censebatur, nullam habens fori praescriptionem. Qui autem semel in jus vocavit, si post admonitionem reo oblatam ipsum in aliud judicium iisdem de causis vocaverit, indemnitatem reo praestet et causa cadat, licet justam habuerit actionem.“

Die Stelle ist uns vorzüglich deshalb bemerkenswerth, weil sie uns ganz klar zeigt, daß der übrig gebliebene Grundsatz wirklich ein Residuum der exceptio rei in judicium deductae ist, indem am Ende derselben noch als die Folge des

Sündigens gegen ihn das causa cadere ausgesprochen wird. Beachtenswerth ist auch die in ihr liegende neue Proceßeinleitungsform, bei der zwar noch den Worten nach der Anklang an die alte in jus vocatio vorhanden ist, die aber in der That etwas ganz Anderes, nämlich eine Mittheilung der Klage und zwar in der Regel wohl eine schriftliche durch die Obrigkeit ist. Weiter ist uns deshalb die Stelle merkwürdig, weil durch ihre Nichtaufnahme in das Corpus Juris sich ebenfalls klar genug auszusprechen scheint, daß man die processualische Consumtion, sey es durch die Litiscontestation oder die conventio, aufgehoben, wenigstens möglichst beschränkt wissen wollte.

Es könnte nun zwar auffallend scheinen, wenn wir uns auf eine aus den Basiliken restituirte Stelle bezogen haben, deren Urheber nicht bekannt ist; allein da sie das Gepräge der vorjustinianeischen Zeit offenbar an sich trägt und wir in den Basiliken öfter längst veraltete Bestimmungen finden, wie nur z. B. trotz der Novelle 118 die ganze Lehre von der bonorum possessio intestati, so haben wir dabei kein Bedenken gefunden und bemerken nur noch, daß im übrigen der Satz, um den es vorzugsweise zu thun war, daß nach der conventio des Beklagten kein anderes Gericht von dem Kläger gewählt werden kann, auch aus den anderen in der letzten Note citirten Stellen bewiesen wird.

Endlich war auch wesentlich für den Proceß die Art der Klage selbst. Wenn daher von mehreren, rücksichtlich des nämlichen Rechtsverhältnisses zustehenden, verschiedenen Klagen eine gewählt wurde, so konnte man auch eine hier getroffene Wahl mit dem Momente der Litiscontestation nicht mehr ändern, wie wir schon nach Dem, was uns bekanntlich Gajus über die Wir-

kungen der Litiscontestation und die Exceptio rei in judicium deductae mittheilt, zu schließen berechtigt sind.

Davon finden wir noch klare Spuren in dem Corpus Juris [30]), nur daß auch hierbei anzunehmen ist, daß schon mit dem Momente der Klagerhebung und Mittheilung späterhin über die Wahl unter mehreren Klagen unwiderruflich entschieden war. Dies ist ebensowohl daraus, daß wir die elective Klagenconcurrenz als einen Rest der processualischen Consumtion anzusehen haben, als aus den Ausdrücken der in der letzten Note enthaltenen Stellen, agere, petere, actionem inferre u. s. w. zu schließen, welche ebenfalls auf die conventio hindeuten.

Früher möchte die Wahl nicht entscheidend seyn. Denn möglich wäre zwar, daß schon die Einreichung der Klage entscheiden könnte; da aber dafür keine bestimmten Anzeigen vorhanden sind, so wäre schon deshalb eine solche Annahme bedenklich, weil bei allen den anderen durchgegangenen Puncten die conventio der Scheidepunct ist.

Wenn die elective Concurrenz der Klagen noch in dem justinianeischen Rechte theilweise Anerkennung fand, so haben wir dies nur nicht mehr jenem erwähnten, ursprünglichen, starren Principe zuzuschreiben, sondern vielmehr dem Umstande, daß hier, wie bei der Wahl unter mehreren dem Kläger alternativ zustehenden Objecten, mehr in der Natur der

---

30) fr. 9. §. 1. D. de trib. act. (14, 4.) fr. 4. §. 2. fr. 7. D. de leg. comm. (18, 3.) c. 8. pr. §. 1. C. de codic. (6, 36.) c. 1. C. de furt. et serv. corr. (6, 2.) Hierher gehört nicht fr. 76. §. 8. D. de leg. II. (31.), denn theils wegen des simul, theils wegen des interim in der Stelle ist anzunehmen, daß die eine Klage nicht die andere ausschloß, daß man beide nur nicht zugleich anstellen konnte.

Sache lag, daß die Wahl eine alternative seyn und einmal ein Ende haben mußte [31]). Auch besondere Rücksichten leiteten hier zum Theil die Gesetzgeber, z. B. daß man es mit der aequitas unverträglich fand, daß von zwei auf ganz entgegengesetzten Principien beruhenden Klagen, die das nämliche Rechtsverhältniß erzeugte, die eine die andere nicht gänzlich ausschließen sollte, z. B. eine actio furti oder condictio furtiva, welche auf einem Verbrechen beruhte, die actio mandati, welche aus einem bonae fidei Vertrage entsprang [32]).

Unter die Fälle electiver Klagenconcurrenz pflegt man in der Regel noch den Fall zu rechnen, wo die Gläubiger des Erblassers Separation seiner Erbschaft von dem Vermögen des Erben verlangen, um sich an sie ausschließlich zu halten [33]). Derselbe scheint aber mehr unter die Fälle zu gehören, wo Jemandem zusteht, aus dem nämlichen Grunde verschiedene Beklagte zu belangen.

Es ist nämlich hier immer blos von Einer Klage die Rede und blos von verschiedenen Vermögensmassen, an welche sich der Kläger mit der nämlichen Klage halten kann. Das Vermögen des Erblassers vertritt aber gewissermaaßen dessen Person, die bei einem Processe, sofern sie belangt ist, ohnehin nur als Inhaber eines Vermögens in Frage kommt. Zudem hat man sich auch den Fortgang der Sache nach erreichter Separation wohl so zu denken, wenn die Anforderungen wenigstens bezweifelt sind, daß ein Curator mit Zuthun der Obrigkeit bestellt wird, welcher die gesonderte Erbschaft, als wäre sie noch hereditas jacens, gegen die gemach-

31) Francke a. a. O. S. 417 fg.

32) c. 1. C. de furt. et serv. corr. (6, 2.)

33) fr. 1. §. 17. fr. 5. D. de separat. (42, 6.)

ten Ansprüche vertritt. Dann stellt dieser auch gewissermaaßen die Person des Erblassers vor [34]). Ob hierbei etwa dem Erben selbst, oder nach Umständen einem von dessen Gläubigern, die Curatel anvertraut würde, wäre natürlich ganz gleichgültig für die Sache. Darnach gehörte der Fall auch nicht unter diejenigen, wo der Kläger die Wahl unter verschiedenen Objecten hat, selbst wenn man die verschiedenen Vermögensmassen mit einzelnen bestimmt begrenzten Objecten vergleichen könnte.

Uns berührt aber der Fall überhaupt nicht, weil er ein ganz besonderer ist, weil von einer Klage dabei gar nicht einmal nothwendig die Rede ist und weil es auch nach den Quellen scheint, daß die Separation, welche die Gläubiger verlangten, nicht mit dem Momente ihres Verlangens, sondern erst der wirklichen Ertheilung, mit dem prätorischen gestattenden Decrete die ausschließende Wirkung ausübte. Deshalb haben wir dessen da nicht gedacht, wo wir von der Wahl des Klägers unter mehreren Beklagten sprachen.

Am Schlusse dieses Paragraphen müssen wir nur noch bemerken, daß die processualische Consumtion in dem justinianeischen Rechte so weit für aufgehoben anzusehen ist, als nicht bestimmte einzelne Reste davon, wie bei der electiven Klagenconcurrenz, ausdrückliche gesetzliche Bestätigung erhalten haben. Dies ergibt sich nicht nur schon aus dem bereits in diesem §. Ausgeführten, sondern es scheint auch in Sonderheit wenigstens in der einen Beziehung noch aus der in dem justinianeischen Rechte anerkannten Freiheit des Klägers, den Inhalt der Klage bis zum Endurtheile zu mutiren [35]), gefol-

34) fr. 34. D. de acquir. rer. dom. (41, 1.)
35) §. 35. I. de act. (4, 6). Vergl. mit *Gaj.* IV, 55.

gert werden zu müssen. Wenn die Processualisten diese Freiheit meistens für aufgehoben erachtet haben, so ist dies für gänzlich grundlos zu halten; denn den Gesetzen ist dies direct entgegen. Eine an einem anderen Orte zu erörternde Frage würde nur seyn, ob bei uns, wo durch die Scheidung eines ersten Verfahrens von dem Beweisverfahren sich durch die Praxis ein ganz ähnlicher Abschnitt gebildet hat, wie der war, welcher zur Zeit des sogenannten ordo judiciorum privatorum zwischen dem Verfahren in jure und in dem judicio bestand, nicht wenigstens mit dem ersten Erkenntnisse jene Freiheit für erloschen geachtet werden muß, was wohl der Fall seyn möchte.

§. 20.

Fortsetzung.

Perpetuation der Klagen.

Eine weitere Wirkung der Litiscontestation war ferner, wie schon in dem §. 18 erinnert, die Perpetuation der Klagen, welche nach derselben nicht eher zu Grunde gingen, als bis ein neues ihren Untergang herbeiführendes Ereigniß eintrat. Dies war früher bekanntlich für das Gebiet der Stadt Rom die einjährige und achtzehnmonatliche [1]), seit Theodos dem Jüngern allgemein für das ganze römische Reich die dreißigjährige Verjährung [2]), welche Justinian auf vierzig Jahre erweiterte [3]). Für die älteste Zeit außerhalb des Stadtgebietes von Rom, so wie für die darauf folgende Periode bis zu Theodos, für das ganze römische Reich, haben wir wohl

---

1) *Gaj.* IV, 104 und 105.

2) c. un. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14.)

3) c. 9. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39) c. 1. C. de ann. exc. (7, 40.)

anzunehmen, daß eine Zeit lang nach der Litiscontestation jede Klage immerwährend dauerte. Dies scheint die in Note 2 angeführte theodosische Constitution ziemlich klar zu bestätigen. Mit dieser Perpetuation hing zusammen die Transmission derjenigen Klagen auf die Erben, welche unerhoben auf diese nicht übergingen, ferner die Unterbrechung der Klagenverjährung.

Rücksichtlich des ursprünglich mit der Litiscontestation verbundenen [4]) Uebergangs jener Klagen auf die Erben haben wir wohl anzunehmen, daß mit diesem Zeitpuncte das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien für immer festgestellt ward, wie die gewählte actio es bestimmte, so daß diese mit der Litiscontestation sich in dem Vermögen des Klägers befand und also nun, selbst wenn vorher, wie bei den Popular- und Injurienklagen, nichts in des Klägers Vermögen war [5]), auch auf die Erben übertragen werden konnte.

Späterhin scheint auch hier zuvörderst der passive, dann wohl auch der active Uebergang jener Klagen auf die Erben schon mit der Denunciation eingetreten zu seyn.

Daß die Pönalklagen namentlich schon mit der conventio passiv auf die Erben übergehen, enthält die eine Digestenstelle ganz einfach und klar [6]):

> „Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo."

---

4) fr. 58. D. de O. et A. (44, 7.) und die Stellen der folgenden Note.

5) fr. 12. pr. D. de V. S. fr. 28. D. de injur. (47, 10.)

6) fr. 33. D. de O. et A. (44, 7.)

Nach der conventio haften also hier die Erben des Beklagten, wenn dieser stirbt, ganz wie er selbst.

So viel den activen Uebergang betrifft, so liegt wenigstens bei der querela inofficiosi testamenti klar vor, daß sie schon mit der Denunciation auf die Erben transmittirt ward, so daß diese sie weiter fortsetzen können[7]). Daß dieses erst von Antoninus Pius eingeführt worden sey, wie nach der Stelle in Note 2 scheinen könnte, ist kaum wahrscheinlich, da die Constitutionen der Kaiser meist nur bereits geltendes Recht aufnahmen. Möglich, daß blos eine Ausdehnung des Rechtes der Denunciation auf die einfache libelli datio von dem Kaiser bezweckt ward, da ein Libell nicht überall mit der Denunciation gleich wirkte[8]). Die Verlegung des Ueberganges der Querel auf einen noch früheren Zeitpunct als den der Denunciation[9]) ist übrigens wohl erst einer späteren Zeit zuzuschreiben.

Beweist das eben Bemerkte freilich nur für die querela inofficiosi den activen Uebergang der Klage schon mit der Denunciation, so müssen wir das Nämliche für die neuere Zeit wenigstens doch sicher auch für andere derartige Klagen annehmen, da einestheils nicht abzusehen wäre, weshalb die ohnehin verhaßte und deshalb auf kürzere Zeit beschränkte querela inofficiosi allein begünstigt worden seyn sollte, und da ferner die neuere Zeit nach klaren Zeugnissen offenbar geneigt ist, die Wirkungen der Litiscontestation weiter vorzuschieben. Dies ergibt nicht allein der vorhergehende §., son-

7) fr. 6. §. 2. fr. 7. D. de inoff. test. (5, 2.)

8) fr. 17. §. 1. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

9) c. 5. C. de inoff. test. (3, 28.) Die von einem Antonin herrührende Constitution ist wahrscheinlich von Marcus, oder gar Caracalla. Zimmern, RG. Bd. I. §. 51. Note 8.

dern auch was jetzt noch folgt, und überdem was über durch Schenkung cedirte Forderungen bestimmt ist [10]).

Rücksichtlich der vor dem Kaiser selbst eingeleiteten Processe ist aber auch anerkannt, daß die Oblation der preces schon activ und passiv die Transmission der Klagen auf die Erben bewirkt [10a])

> „**Dubium non est, contestationem litis intelligi etiam, si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem quoque ejus, in quem porrectae sunt, vel ab herede ejus, qui meruit, exerceri.**“

Schon die Glosse bezieht die Stelle auf die Transmission und dies scheint nicht das mindeste Bedenken zu haben. Freilich könnte scheinen, daß dies nicht unbedingt bewiese, weil die Stelle auf eine besondere Art der Proceßeröffnung geht; allein dargethan ist durch sie jedenfalls die Tendenz, jene Wirkung der Litiscontestation auf einen früheren Punct vorzurücken und mehr als Das; denn die Proceßeröffnung durch kaiserliches Rescript steht der durch Denunciation in so fern ganz gleich, als eine wie die andere den Streit eröffnet [10b]).

So dürfte die Annahme über die Zeit der Transmission jener Klagen wenigstens die höchste Wahrscheinlichkeit für sich haben, wenn wir nicht in der Sache eine gänzliche Princip-

---

10) c. 33. C. de donat. (8, 54.) Wenn hier auch nicht der frühere Moment vor der Litiscontestation bestimmt bezeichnet ist, so ist die Stelle doch jedenfalls ein Zeugniß für die neuere Tendenz. Welcher frühere Moment sollte am Ende auch gemeint seyn, als der der conventio? —

10a) c. 1. C. quando lib. princ. dat. (1, 20.) vergl. mit c. 8. und 10. C. Th. de divers. rescr. (1, 2). Vergl. auch §. 23.

10b) c. 4. C. Th. de denunc. (2, 4). „Post celebratam denunciationem seu edicto sive editione rescripti — litis exordium auspicatur.“

losigkeit voraussetzen wollen, wozu es uns im Vergleiche mit allem Uebrigen an jedem Grunde zu fehlen scheint.

Was vornämlich noch die Unterbrechung der Klagenverjährung betrifft, welche unzweifelhaft früherhin mit der Litiscontestation eintrat [11]), so liegt die Nothwendigkeit davon offenbar in dem Begriffe der Perpetuation der Klagen.

Später trat aber die Unterbrechung bei Civilsachen nicht nur, sondern auch bei manchen, vielleicht allen causae publicae, bei denen eine Denunciation vorkommt, mit dieser oder der conventio ein.

Die Gesetze ergeben, daß die Conventio die Verjährung in Civilsachen unterbricht und zwar ergibt sich dies nicht nur aus dem Codex Justinianeus [12]), sondern auch aus dem Codex Theodosianus [13]). Nur ausnahmsweise wird die Verjährung schon früher unterbrochen [14]).

Ein fernerer ganz klarer Beweis für das Bemerkte, falls darüber ein Zweifel seyn könnte, liegt darin, daß bei der exceptio non numeratae pecuniae, so wie bei der exceptio

11) Z. B. fr. 1. §. 2. D. de feriis (2, 12.) fr. 28. §. 4. D. de judic. (5, 1.) fr. 9. §. 3. D. de jurejur. (12, 2.) fr. 8. §. 1. D. de fidej. et nom. (27, 7.) fr. 29. D. de novat. (46, 2.) fr. 24. pr. D. de lib. caus. (40, 12.) Die Beispiele sind von Temporalklagen hergenommen, da die übrigen schon perpetuae waren und zwar vor Theodos dem Jüngeren im eigentlichen Sinne des Wortes.

12) c. 3, 7. pr. §. 1. und 5. C. de praescr. 30 v. 40 ann. (7, 39.) c. 3. C. de ann. exc. (7, 40.) Vergl. auch c. ult. C. de duob. reis. (8, 40.), wo die Unterbrechung auch durch die ex libello admonitio für alle Correalobligirten herbeigeführt ward. Diese admonitio ist aber sicher nichts als eine Citation, zumal schon vorher in der Stelle von judicio pulsatis die Rede ist.

13) c. unic. §. 1. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14.) c. 1. C. Th. si cert. pet. (2, 27.)

14) c. 2. C. de ann. exc.

non numeratae dotis, von den Gesetzen ausdrücklich bezeugt wird, daß beide durch Denunciation an den angeblichen Darleiher eines Gelddarlehns oder einer dos perpetuirt werden [15]).

Aus den bisher angeführten Stellen geht aber, genau genommen, freilich nur die durch conventio bewirkte Unterbrechung der Verjährung bei actiones perpetuae hervor, nicht bei den Temporalklagen, und merkwürdiger Weise möchte sich für diese auch kein directer, ganz entscheidender Beweis in den Quellen finden. Inzwischen liegt doch so viel vor, daß schwerlich Jemandem die Sache zweifelhaft bleiben wird.

Schon an sich ist es unwahrscheinlich, daß, wenn bei den actiones perpetuae die conventio die Verjährungsunterbrechung bewirkte, dies bei den Temporalklagen nicht der Fall gewesen seyn sollte, da diese nur Ein Jahr und oft nicht einmal so lange dauerten und daher bei ihnen viel mehr als bei jenen ein Bedürfniß und eine Hinneigung Derer, welche das Recht vornämlich schufen, vorhanden seyn mußte, einem nicht nachlässigen Kläger zu Hülfe zu kommen, welche bekanntlich nicht nur überhaupt [16]), sondern namentlich auch gerade bei der Verjährung den Gläubigern und Klägern günstige Entscheidungen herbeiführte [17]).

Dies finden wir dadurch klar bestätigt, daß bei Einleitung des Processes vor dem Kaiser, nach einer Verordnung des Arcadius und Honorius das Anbringen der Bitten schon, nach einer Justinian's ein auf diese erfolgtes Rescript der Litiscontestation gleich gerechnet wird und Tempo-

15) c. 14. §. 4. C. de n. n. p. (4, 30.)

16) fr. 24. s. f. D. quae in fraud. cred. (42, 8.)

17) c. 2. und 3. C. de ann. exc. (7, 40.) c. 9. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39.)

ralklagen, nicht actiones perpetuae, perpetuirt und also bei ihnen die Verjährung unterbricht [18]). Wenn hier auf eine solche Art die Temporalklagen bevorzugt waren, wie würden sie rücksichtlich deren Perpetuation durch conventio den actiones perpetuae nachgestellt worden seyn? — Zudem stehen auch ein gerichtlicher Erlaß und die Edition eines Rescriptes nach Obigem einander gleich. Beide beginnen den Streit (Note [10 b]).

Ferner finden wir in einer Verordnung Justinian's, daß durch eine Klage bei einem arbiter die Unterbrechung der Verjährung mit der conventio eintritt [19]). Hier ist zwischen den Klagen kein Unterschied gemacht und ist also anzunehmen, daß bei ihnen allen ohne Ausnahme das Nämliche gilt. Galt dies hier, warum nicht vor dem gewöhnlichen Richter auch?

Nun könnte zwar nach der Stelle in Note 10 scheinen, als hätte da etwas Anderes gegolten, weil in der Stelle gesagt ist, die Unterbrechung erfolge vor dem Arbiter durch conventio, quasi in ordinario judicio lis fuisset inchoata. Allein der Ausdruck lis inchoata deutet nicht nothwendig auf die Litiscontestation, kann eben so auf die conventio gehen, da zumal ein in judicium deducere schon mit dieser angenommen [20]), ja, schon mit der oblatio precum an den Kaiser

---

18) Vergl. c 1. mit c. 2. C. quando lib. princ. obl. (1, 20.) Vergl. auch c. 8. und 10. C. Th. de div. rescr. (1, 2.) und ferner c. 33. C. de donat. (8, 54.) c. 3. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39.) Bei Bitten an andere höhere Behörden war das nicht der Fall. c. 1. C. de off. praefect. praetor. (1, 26)

19) c. 5. §. 1. C. de rec. arbitr (2, 56.)

20) c. 3. C. de ann exc.

eine Litiscontestation als bewirkt fingirt ward [21]). Später werden wir noch mehrere Gründe finden, welche es außer Zweifel setzen, daß die lis inchoata auf die conventio geht. Zudem paßte auch der Ausdruck lis inchoata, wenn er auf die Litiscontestation zu beziehen wäre, nicht, wenigstens nicht durchgängig, eben weil die actiones perpetuae, wie wir wissen, durch conventio schon perpetuirt werden.

Deshalb nehmen wir als ausgemacht an, daß, so viel die Unterbrechung der Verjährung und den Zeitpunct, wo diese eintritt, betrifft, die Temporalklagen den actiones perpetuae ganz gleichstehen.

Was die Unterbrechung des Laufes der Verjährung bei causae publicae betrifft, so sind darunter die Processe des Fiscus zu rechnen, in welchen er Gegenstände als bona vacantia in Anspruch nimmt [22]). Deshalb verletzen sie die fama des delator, wenn er nicht uneigennützig, oder aus Rache auftritt [23]), und deshalb bedarf es bei ihnen wie in Criminalsachen einer Abolition, wenn er von dem Processe zurücktreten will [24]). Diese fiscalischen Processe beginnen wenigstens nach Pandectenrecht regelmäßig mit einer nunciatio [25]), von der, was die

21) c. 1. C. quando lib. princ. obl.

22) fr. 2. §. 3. fr. 35. D. de J. F. (49, 14.)

23) fr. 2. pr. D. eod.

24) fr. 15. pr. fr. 22. §. 3. fr. 23. fg. D. eod.

25) fr. 1. §. 2. D. eod.: „vacantium bonorum nunciationem quadriennio finiri." Nicht nur durch den ganzen betreffenden Titel der Digesten, sondern vorzüglich durch die abgedruckten Worte weist sich das im Texte Gesagte als begründet aus; denn es könnte nicht heißen, daß die nunciatio in vier Jahren geendigt würde, wenn sie nicht regelmäßig den Proceß begönne, indem sonst das Gesetz für die übrigen Fälle die Grenze der Verjährung unbestimmt ließe

Form anbelangt, das Nämliche gilt, was wir bei der operis novi nunciatio bemerkten (§. 13); die aber sonst überall bedeutend von dieser abweicht, wie wir noch sehen werden. Die **nunciatio** ad fiscum ist nun auf vier Jahre beschränkt[26]). Darin liegt klar, daß mit dem Momente, wo die den Proceß beginnende nunciatio vorgenommen wird, die vierjährige Verjährung für unterbrochen angesehen werden muß. Dies ist um so natürlicher, als sie ja doch auch nichts war, als eine conventio, welche überall, wie wir sahen, Unterbrechung der Verjährung wirkt. Ob auch später noch die fiscalischen Processe auf gleiche Weise beginnen, wo dann das inchoare in der zuletzt citirten Coderstelle auf die nunciatio ad fiscum zu beziehen wäre, läßt sich nicht klar ausmitteln; doch scheint kein bestimmter Grund für das Gegentheil vorzuliegen, so daß im Zweifel anzunehmen ist, daß Alles bei dem Alten blieb, wenn nicht später auch hier die conventio durch die Behörde bewirkt ward, was freilich leicht möglich wäre, da dies zu **Justinian's** Zeit bekanntlich, und wie sich später noch ausweisen wird, die gewöhnliche Form ist, einen Proceß einzuleiten. Dafür ließe sich allenfalls anführen, daß uns die Ausdrucksweise des Coder in dem Titel de quadriennii praescriptione nicht besonders auf eine noch bestehende nunciatio hinweist. Doch das ist für uns hier gleichgültig.

Schmidt in seiner rühmlich bekannten Preisschrift über die Succession des Fiscus in die bona vacantia[27]) nimmt zwar noch neuerlich an, daß mit der nunciatio keine Unter=

---

26) Siehe die in voriger Note angeführte Stelle und c. 1. C. de quadr. praescr. (7, 37.)

27) *Car. Adolph Schmidt* de success. fisci in bon. vacant. ex jure rom. Jenae 1836. pag. 88—90.

brechung der Verjährung einträte, indem er die Ansicht Derer mißbilligt, welche behaupten, daß die vierjährige Verjährung sich blos auf die bona beziehe, welche noch nicht nunciirt wären. Dies liegt aber offenbar blos daran, daß er eine unrichtige Vorstellung von der nunciatio hat, was ihm um so weniger zur Last fällt, als darüber bis jetzt keine in das Specielle eingehenden Untersuchungen vorhanden waren, sonst würden ihn leicht die bei uns (Note 16) und bei ihm selbst abgedruckten Gesetzesworte[28]) auf den richtigen Weg geleitet haben.

Die Gründe, welche er aus zwei Stellen[29]) für seine Meinung herleitet, beweisen nur anscheinend für ihn. Sie sagen: Wenn der Delator sich eine Prävarication zu Schulden kommen läßt, so wird es angesehen, als sey negotii quaestio perimirt, d. h. die Zeit von der Nunciation bis zum Abgehen von dem Processe wird als gar nicht vorhanden angesehen. Deshalb kann dann also noch geklagt werden, d. h. aber auch wohl nur, falls jetzt, wo von dem zweiten Delator geklagt werden soll, von dem Beginne der laufenden Präscriptio, die Zeitdauer des früheren Processes abgerechnet, vier Jahre noch nicht abgelaufen sind. So müssen wir, wie es scheint, interpretiren, wenn wir auf die Bestimmungen sehen, welche für die Verjährung in der Lex Julia de adulteriis coercendis, also auch für eine causa publica, aufgestellt sind[30]). Wenn aber der Delator ohne Prävarication nach der Nunciation absteht, so kann dann nach Ablauf der

---

28) *Schmidt* a. a. O. pag. 86.

29) fr. 1. §. 5. D. de J. F. (49, 14.) fr. 10. pr. D. de div. temp. praesc. (44, 3.)

30) fr. 31. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

vier Jahre nicht mehr geklagt werden. Das hat den Grund, daß die Nunciation, wie jede conventio, die Verjährung nur interimistisch unterbricht, d. h. daß die Unterbrechung ganz unberücksichtigt bleibt, wenn nach der Nunciation der Proceß nicht weiter verfolgt wird [31]). Anders wenn auf die conventio oder Nunciation die Litiscontestation folgte [32]). Daß dieses geschehen sey, ist aber in jenen Stellen nicht enthalten, vielmehr sagt die eine klar [33]), daß nach der Nunciation der Delator vom Processe abgestanden habe.

> „Intra quatuor annos vacantium bonorum delator facta denunciatione destitit."

Dies hat Schmidt übersehen, was um so leichter war, weil es unseres Wissens bis jetzt noch Niemand herausgefunden hatte, sonst würde er anders argumentirt haben.

Die Sache so genommen, stehen die beiden gedachten Stellen im vollsten Einklange mit der für unsere Ansicht entscheidenden Stelle [34]).

Ob die nämlichen Principien bei anderen causae publicae, namentlich bei den Criminalsachen, gelten, sofern bei diesen überhaupt eine Denunciation stattfindet [35]), kann bezwei-

---

31) So war es auch zu Justinian's Zeit. c. 7. §. 5. C. de praescr. 30 v. 40 ann. (7, 39.) Wir können hier diese Stelle, auf welche wir später zurückkommen, noch nicht weitläufiger interpretiren, weil wir sonst Etwas richtiger Ordnung nach später zu Behandelndes, aus seinem Zusammenhange rissen. So viel ist aber sofort klar, daß die conventio einen geringeren Effect hatte, als die Litiscontestation.

32) Siehe die vorige Note.

33) fr. 10. pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3.)

34) Nämlich mit fr. 1. §. 2. D. de J. F.

35) Nicht blos bei dem crimen adulterii findet eine denunciatio statt. Vergl. z. B. fr. 4. D. ad Sct. Turpill. (48, 16.)

felt werden. Die einzigen Stellen, welche bei Criminalsachen eigentlich von der Unterbrechung einer ein tempus continuum bildenden Verjährung handeln [36]), scheinen als den Moment derselben ganz bestimmt die postulatio anzunehmen. Da nun aber diese den regelmäßigen Beginn des Criminalprocesses bildete, während die Denunciation nicht regelmäßig, ja, wohl nur ausnahmsweise, vorkam, so ist freilich möglich, daß in jenen Stellen nur an die Regel und das Nothwendige, nicht an das Zufällige und Unregelmäßige, gedacht worden ist, und allerdings spricht die Analogie der fiscalischen Sachen und überhaupt das Streben der Juristen, so wie der Gesetze, gewisse Wirkungen auf den Moment der denunciatio und conventio gleichmäßig vorzuschieben, dafür, daß man überall schon mit diesem Momente die Unterbrechung des Laufes der Verjährung angenommen haben möchte. Doch bleibt dieser Punct ungewiß.

Sehen wir jetzt noch einen Augenblick auf die operis novi nunciatio und fragen, in wie fern durch sie der Lauf der Verjährung der Klage unterbrochen ward, welche aus dem Rechte entsprang, vermöge dessen der Nunciant die Nunciation vornehmen zu können meinte, so enthalten darüber die Quellen schwerlich eine Entscheidung. Es ist daher zu untersuchen, ob sich aus ihnen nicht folgeweise Etwas über diesen Punct ergibt.

Sehen wir auf den Inhalt dieses Instituts, so ist nicht zu verkennen, daß eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dieser Nunciation und den anderen Denunciationen vorhanden war, die einen Proceß beginnen sollten. Denn während

---

36) fr. 29. §. 7. fr. 31. D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

diese Denunciationen ihrem Inhalte nach in so fern ohne Zweifel ursprünglich bestimmt seyn mußten, daß sich aus ihnen ergab, was für ein Recht in Klage gebracht werden sollte, wofür einstweilen an unsere früheren Auseinandersetzungen, vornämlich auch an das schon erwähnte Beispiel der Criminalklagen, erinnert seyn mag [37]), wofür aber später weiterer Beweis beigebracht werden wird [38]), war dies bei der **operis novi nunciatio** nicht der Fall. Sie war wohl nur ein einfaches Verbot weiter zu bauen **in rem** [39]), d. h. weiter nichts, als es wurde nunciirt, **ne quod novum opus fiat**, nicht **ne quis novum opus faciat** [40]), und es ist keine Spur vorhanden, daß bei der Nunciation selbst von dem Rechte des Nuncianten, aus welchem er die Nunciation vornahm, irgend die Rede gewesen wäre. Die Klagen aus diesem Rechte werden vielmehr von der Nunciation gar nicht berührt [41]), sind also ohne Zweifel als von dieser ganz getrennt zu denken. Der Proceß über das Recht des Nuncianten wurde nicht als mit der Nunciation begonnen betrachtet, er folgte ihr nach [42]) und wurde als ein zukünftiger Streit angesehen [43]). Nun

---

37) fr. 3. D. de accus. (48, 2.) fr. 17. §. 2 und 3 D. ad L. Jul. de adult. (48, 5.)

38) c. 3. C. de ann. exc. (7, 40), welche später genauer zu betrachten ist, beweist dieses. Hier kann dies aber nicht weiter erörtert werden, weil wir sonst abermals einen Theil unserer Abhandlung aus seinem passenden Zusammenhange herausreißen und an einen unpassenden Ort stellen würden.

39) fr. 10. D. de op. nov. nunc. (39, 1.)

40) Schmidt, Civ. Abh. Bd. 1. S. 26 fg.

41) fr. 19. D. de op. nov. nunc. (39, 1.)

42) fr. 7. §. 3. D. quod vi aut cl. (43, 24.)

43) fr. 3. §. 3. vergl. mit fr. 8. §. 1. D. de alienat. jud. mut. caus. (4, 7.)

war aber die Ansicht der Alten wohl unbestreitbar, daß eine conventio blos Unterbrechung der Klagenverjährung bewirke, wenn sie den conventus auch mit dem erhobenen Anspruche bekannt machte, und zwar war es wohl großentheils die Meinung der früheren Juristen, daß, zum Behuf dieser Wirkung, der Anspruch genau, sogar seinem Grunde nach, dem Beklagten bekannt geworden seyn müsse [44]). Da nun eine solche Bekanntmachung rücksichtlich des der nunciatio zu Grunde liegenden Rechtes nach dem Bemerkten jedenfalls in der nunciatio nicht lag, so konnte sie auch die Verjährung der aus jenem Rechte entspringenden Klage nicht unterbrechen.

Es fragt sich nur, ob sich dies zu Justinian's Zeit nicht geändert hatte, da dieser, um den gedachten Effect zu erzeugen, auch einen ganz allgemeinen Libell für genügend hielt. Dies dürfte jedoch wohl nicht anzunehmen seyn, da nur mittelbar eine Andeutung des Rechtes des Nuncianten und jedenfalls nach unseren Bemerkungen keine Citation vor Gericht in der Nunciation lag, welche letztere, um Unterbrechung der Verjährung hervorzubringen, nach der in der letzten Note citirten Stelle nothwendig seyn würde.

Die berührte Verschiedenheit der operis novi nunciatio von der ad fiscum ergibt sich hiernach ganz natürlich, und wenn die Gesetze sie so ausgesprochen hätten, wie, wenn dieses geschehen wäre, sie es sicher gethan haben würden, so würde Niemand im Stande seyn, daraus gegen unsere Ausführung über die Wirkung der Denunciationen auf die Klagenverjährung Etwas abzuleiten.

Nach alle Dem beschließen wir das über die Unterbrechung der Verjährung Gesagte mit der Bemerkung, daß sich

44) c. 3. C. de ann. exc. (7, 40.) Vergl. auch §. 24.

zwar über den Zeitpunct, wenn zuerst diese Wirkung von der Litiscontestation auf den Moment der Denunciation oder conventio vordatirt worden ist, nichts Bestimmtes ausmitteln läßt, daß dies aber sicher in eine ziemlich frühe Zeit fällt. Dies ergibt namentlich auch das über die nunciatio ad fiscum Ausgeführte, welche ihrem Ursprunge nach wohl ziemlich weit zurückreicht. Wir werden uns später aber auch sonst noch bemühen, ein höheres Alter dieser neuen Einrichtung nachzuweisen.

Uebrigens unterstützen, um dies nur beiläufig zu bemerken, die Beweise, welche wir für die Unterbrechung der Verjährung mit der conventio beibrachten, diejenigen offenbar, welche wir für die Transmission der Klagen, welche auf die Person des Berechtigten allein beschränkt sind, auf die Erben mit dem nämlichen Zeitpuncte führten und umgekehrt, da die Fälle, wo Klagen durch den Tod oder die Zeit untergehen, allenthalben nach den Quellen ganz gleich behandelt werden [45]).

§. 21.

Wirkung der Denunciation auf Festbannung des streitigen Rechtsverhältnisses und Rechtsobjectes.

Unter die Wirkungen der Litiscontestation, dieselbe als ein hypothetisches Urtheil genommen, war zu rechnen, daß der Beklagte durch sie in der schon gedachten (§. 18) Art in bösen Glauben versetzt ward, daß er in dem Falle einer Condemnation nicht blos das Streitobject, woran er daher zum Nachtheile Klägers nichts verrücken und es also nicht veräußern durfte, sondern auch dessen hinzugekommene Erwei-

---

45) fr. 139. D. de R. J. fr. 8. §. 1. D. de fidej. et nom. (27, 7.) fr. 24. pr. D. de liberal. caus. (40, 12.)

terungen gewähren mußte. Unter die Früchte gehörten aber in den meisten Fällen auch die Zinsen.

Auch diese Wirkungen der Litiscontestation scheinen später auf die Denunciation übergegangen zu seyn. Dafür spricht vor allen Dingen die ganze Natur der Denunciationen, durch welche nach dem Obigen fast immer ein Rechtsverhältniß zwischen dem Denuncianten und Denunciaten festgestellt ward und welche auch da, wo sie nicht zur Einleitung eines Processes gebraucht wurden, häufig die Wirkung übten, bei dem Denunciaten **mala fides** zu erzeugen, wie wir dieses bei vielen der aufgezählten einzelnen Denunciationen kennen lernten. Wir erinnern vorzüglich an die Beispiele §. 8 B. 1 und 2. Warum sollte eine zur Proceßeinleitung gebrauchte Denunciation nicht die nämlichen Wirkungen gehabt haben, wie andere Denunciationen? Theilweise haben wir sogar schon gesehen, daß dies wirklich der Fall war. So konnte durch die Denunciation der Ehemann die nachtheilige Wirkung verhüten, welche die weitere Verheirathung der Ehebrecherin auf seine Klage übte (§. 18).

Wir müssen aber die hemmende Wirkung der Denunciation, welche eine Verrückung des Proceßobjectes hinderte, vor allen Dingen noch an einer anderen Denunciation näher beobachten, die uns schon mehrfach beschäftigte und welche uns auch hier so interessant ist, daß wir eine nähere Beleuchtung derselben für der Sache angemessen halten, nämlich an der **operis novi nunciatio**.

Es ist unbezweifelt, daß dieselbe die Wirkung hatte, den Nunciaten von einer Veränderung des Zustandes der Dinge durch ein unternommenes **opus** abzuhalten, wenn er sich dem **interdictum demolitorium** nicht aussetzen und dadurch, falls der Nunciant sein Prohibitionsrecht nachwies, zu Wiederher-

stellung des Zustandes vor der Nunciation zwingen lassen wollte. Auch hier hat also die Nunciation den Effect, einen Zustand, welcher Gegenstand rechtlicher Erörterung ist, fest zu halten, ihn gegen Verrückung durch den Gegner zu schützen. Eine dennoch geschehene derartige Verrückung würde wenigstens der Nunciant durch Rechtsmittel, wie angedeutet, unschädlich machen können. Zweifelhaft könnte blos scheinen, wie lange diese Wirkung dauerte, noch mehr, wenn der Nunciat durch Caution sich von der Hemmung seines opus befreien konnte.

Die zweifelhaften Puncte wollen wir jetzt genauer untersuchen. Dabei kommt es zunächst auf eine Stelle [1]) an, auf welche wir genauer eingehen müssen. Sie lautet dahin:

> „**De operis novi nunciatione quondam antiquis ortam fuisse dubitationem nostra cognovit tranquillitas dicentibus, si quis denunciationem ad inhibendum opus miserit, non posse eum post annum elapsum, ex quo denunciatio missa est, iterum aedificationem prohibere. Quod dupliciter iniquum nobis esse videtur; sive enim non recte opus prohibuerit, decet non per totum annum hoc impediri; sive recte denunciationem emiserit, etiam post annum licentiam habere, aedificationem prohibere. Talem igitur iniquitatem inhibentes, sancimus, si quis denunciationem emiserit, in hac quidem regia urbe praefectum urbi festinare, in provincia vero rectorem ejus, intra trium mensium spatium causam dirimere; sin vero aliquid fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguïtatis impedimentum,**

1) c un. C. de n. o. n. (8, 11.)

licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus, de quo agitur, efficere, prius fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae, vel provinciali, ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumtibus destruat. Sic enim et opera non per inanes denunciationes prohibebuntur et recte denunciantibus consuletur."

Sie ist namentlich neuerlich von dem jüngeren Hasse erklärt worden [2]), scheint jedoch in mancher Beziehung anders, als er sie nimmt, verstanden werden zu müssen. Ihr Sinn muß wohl in folgender Weise gefaßt werden. Die Wirkung der Nunciation, den Nunciaten von dem Weiterbauen abzuhalten, dauerte nach altem Rechte Ein Jahr. Wenn der Nunciant in dieser Zeit sein Recht, den Bau zu hindern, nicht geltend gemacht und auch dargethan hatte, so konnte der Nunciat fortbauen, die Wirkung der Nunciation war erloschen und es konnte dann auch nicht von neuem nunciirt und dadurch jetzt noch der Fortbau gehindert werden. Diese Grenzbestimmung der Wirkung der Nunciation war nicht unnatürlich; denn die Nunciation war eine Inhibition zum Besten des Nuncianten, die jedenfalls nur für eine kürzere Zeit bestehen konnte und wegfallen mußte, so wie er in dieser Zeit nicht den rechtlichen Grund für sein Verfahren nachwies [3]).

---

2) Rhein. Mus. Bd. III. S. 616 fgg.

3) So nimmt Hasse nicht an, welcher meint, nach Verlauf des Jahres sey zwar die Wirkung der Nunciation verloschen, aber es habe von neuem nunciirt werden können. Rhein. Mus. a. a. O. S. 618 fgg. Wäre dies richtig, so würde nicht abzusehen seyn, weshalb Justinian sagte, die alte Einrichtung sey unbillig, weil, wenn die Denunciation gegründet wäre, auch nach dem Jahre der

In Einem Jahre konnte er dieses bei der Schnelligkeit des Verfahrens in der älteren Zeit in der Regel sicher bewirken[4]). Justinian findet auch die Begrenzung der Wirkung der Nunciation ganz in der Ordnung, er bestimmt diese nur anders; denn, sagt er, Ein Jahr ist eine zu lange Zeit für eine unbegründete Nunciation, eine zu kurze für eine begründete. Deshalb soll sich der Magistrat bemühen, jede solche Sache in drei Monaten hinzulegen. Gelänge dies aber wegen dazwischen tretender Hindernisse irgend einer Art nicht, so soll dem Nunciaten freistehen, nach Verlauf der drei Monate eine Remission durch eine Caution mittelst Bürgen bei der Behörde, das ohne Recht nach der Denunciation Aufgebaute wieder niederreißen zu wollen, sich zu verschaffen. Dadurch ist das alte Recht mit dem Jahre natürlich ganz aufgehoben, denn nun dauerte die Verhinderung des Baues, wenn keine Caution der gedachten Art gemacht wurde, so lange als der Proceß, mochte sich dieser gleich viel länger

---

Bau müßte gehindert werden können, denn eine solche Hinderung hätte ja nach Hasse's Meinung der Nunciant in jedem Momente ohne sonderliche Schwierigkeit durch eine neue Nunciation hervorbringen können. Wie Hasse den von Justinian angeführten Grund der Aenderung, der offenbar gegen ihn spricht, zum Besten seiner Meinung hat deuten können, ist eben so unbegreiflich, als die für sie durch folgende Worte gebrauchte Argumentation: „Wie hätte wohl der Prohibirte allein dadurch, daß er ein Jahr lang von seinem Unternehmen abstand, sich und seine Nachfolger in infinitum, wenn sie einmal künftig dasselbe Werk vornehmen wollten, von der Nunciatio befreien können?" Natürlich wird Nunciat nicht durch seine, sondern durch des Nuncianten Unthätigkeit innerhalb des Jahres von der Nunciation an frei.

4) Später wurden die Processe schon viel weitläufiger, wie wir namentlich aus Justinian's Zeit wissen. Vergl. z. B. c. 13. C. de judic. (3, 1.) Das mag nach der einen Seite hin vorzüglich Justinian zu der neuen Verordnung in unserer Constitution bewogen haben.

als Ein Jahr hinziehen [5]). Neu war offenbar auch die Cautionsleistung bei der Behörde, welche erst nach drei Monaten, von der Nunciation ab gerechnet, möglich war.

Dabei fragt sich zunächst, ob durch diese Caution die Privatcaution, durch die sich nach Pandectenrecht der Nunciat von den Wirkungen der Nunciation befreien konnte, aufgehoben war, oder nicht. Ersteres meinen schon einige Glossatoren, letzteres sucht Hasse zu behaupten [6]). Die erstere Meinung scheint jedoch gegründeter. Denken wir uns nämlich die verschiedenen möglichen Fälle, so kann entweder die Behörde die Gründe, auf denen die Nunciation beruht, an sich nichtig, rechtlich unbegründet finden [7]), oder es kann ihrem Bestehen sonst Etwas im Wege seyn, z. B. der Nunciant kann den nöthigen Gefährdeeid verweigern [8]), wo dann natürlich die Behörde der Nunciation nicht stattgibt, oder es kann dieselbe an sich statthaft erscheinen, ihr auch sonst nichts im Wege stehen, dann ist der Proceß über den Grund der Nunciation einzuleiten und wo möglich in drei Monaten zu beendigen. Weist sich bis dahin die Nunciation als begründet aus, so besteht ihre Wirkung ferner, zeigt sie sich unbegründet, so geht die Wirkung verloren. Kann bis dahin die Sache nicht definitiv erledigt werden, so besteht die Wirkung bis nach beendigtem Processe, falls nicht nach Ver-

5) Wie Hasse a. a. O. S. 619 sagen kann, daß das alte und neue Institut sich eigentlich nicht berührt hätten, ist auch nicht wohl begreiflich, da er doch selbst annimmt, daß an die Stelle der alten Grenzbestimmung der Dauer der Wirkungen einer Nunciation eine ganz neue mit Aufhebung der alten getreten sey.

6) Rhein. Mus. a. a. O. S. 622.

7) fr. 5. §. 12 und 13. D. h. t.

8) fr. 5. §. 14. D. eod.

uf der drei Monate nach der Nunciation Caution durch ürgschaft bei der Behörde gemacht wird. Nun ist klar, ß diese Caution für beschwerlicher angesehen werden muß, s die Privatcaution, von welcher gesagt ist, daß sie des- ılb von Nutzen wäre, weil sie die Beschwerlichkeit hübe, st zum Prätor gehen und bei ihm um Remission ansuchen müssen.[9]). Wozu sollte aber Justinian die dreimonatliche rist für Denunciaten bestimmt haben, um nach Verlauf der- lben mit mehr Schwierigkeit bei der Behörde eine Caution achen zu dürfen, wenn derselbe schon vor Verlauf jener Frist jedem Momente eine weniger umständliche Caution, pri- ıtim, hätte machen können? Würde dann je der Nunciat ı seinem eignen größten Schaden sich erst drei Monate im auen haben aufhalten lassen, um nach Verlauf derselben it viel mehr Beschwerlichkeit sich das Recht zum Fortbauen ı verschaffen? Man sollte das nicht denken. So scheint ›er die fragliche Bestimmung Justinian's in der That inen rechten Sinn zu bieten, wenn wir die Befugniß des unciaten zur Leistung einer privaten Caution zu jeder be- ebigen Zeit, also so gut vor als nach drei Monaten, durch e nicht für aufgehoben achten. Wie wären dann die Worte nserer Constitution, **licentiam habere eum** u. s. w. zu ver- ehen, da außerdem an dieser Erlaubniß sicher Niemand veifeln würde.

Man könnte denken, die Veränderung, daß nach drei

9) fr. 5. §. 17. D. eod. „**Habet autem hoc remedium utilitatem, nam remittit vexationem ad Praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nunciatio.**" Man wandte ja in der Regel auch bei Eigenthumsübertragung der Bequemlichkeit halber die **mancipatio**, nur ausnahmsweise die schwierigere und unbequemere **in jure cessio** an. (*Gaj*. II, 24 und 25.)

Monaten vor der Behörde Caution gemacht werden solle, gehe blos darauf, daß Justinian überhaupt die ganze Nunciation gleich in ihrem ersten Beginne vor die Behörde gewiesen, eine private Nunciation gar nicht mehr zugelassen habe und daß deshalb eine Caution vor der Behörde, statt der privaten, angeordnet worden wäre. Allein abgesehen davon, daß dadurch sich nicht erklären ließe, wie für die Bestellung der Caution ein dreimonatlicher Zeitraum gesetzt worden wäre, ist dies auch wohl aus mehreren anderen Gründen nicht anzunehmen. Wäre das nämlich Justinian's Meinung gewesen, so würde gewiß bei einer solchen Umänderung des Institutes selbst und dessen Wesens davon eine ausdrückliche Erwähnung in unserer Constitution geschehen seyn. Nehmen wir dann aber an, daß in der erwähnten Beziehung Alles bei dem Alten geblieben wäre, so könnte zweifelhaft erscheinen, was doch nach der Constitution angenommen werden muß, wie die Sache stets an die Behörde gekommen sey, die sie ja wo möglich in drei Monaten beendigen sollte. Dies scheint sich jedoch sehr natürlich zu erklären, da der Nunciant selbst die Sache baldmöglichst an die Behörde bringen mußte, weil außerdem bei Saumseligkeit von seiner Seite die Behörde auf Antrag des Nunciaten sich sicher leicht bewogen fand, die Wirkung der Nunciation aufzuheben, die Nunciation zu remittiren und weil ja auch in drei Monaten die Sache zu endigen dem Nuncianten selbst jetzt offenbar angelegen seyn mußte, indem er nach unserer Annahme bis dahin nur vor jeder Störung seines Besitzstandes sicher war, nachher aber der Nunciat durch Caution sich das Recht zum Fortbauen verschaffen konnte. Hiernach brachte gewiß immer eine der Parteien, in der Regel der Nunciant selbst, die Sache alsbald an die betreffende Behörde. Dem

15

zu Folge ist aber ein Aufheben der privaten Nunciation gewiß um so weniger anzunehmen, als es unter den angegebenen Umständen als etwas Ueberflüssiges erscheinen müßte, zumal auch die Quellen ergeben, daß die Parteien nach geschehener Nunciation ihre Sache der Jurisdiction des Prätors zu überlassen pflegten [10]), ja daß wohl auch schon vor der Nunciation der Nunciant sich an den Prätor wandte, was freilich keine Nothwendigkeit war [11]).

Darnach machte also zu Justinian's Zeit die Nunciation den Zustand der Dinge, wie er da war, wo sie bewirkt wurde, auf drei Monate unbedingt zu einem unverrückbaren, auf die Zeit der Proceßdauer nach Verlauf der ersten drei Monate bedingt, d. h. gegen Caution bei der Behörde konnte der Nunciat ihn verrücken.

Jetzt müssen wir die hier fraglichen Effecte der Denunciation aber, welche bei dem eben näher betrachteten Institute Justinian sogar in ausgedehnterer Maaße anerkannte, als eine frühere Zeit, noch näher betrachten, und da stoßen wir zunächst auf die Frage, wann eine Sache als litigiös betrachtet und deshalb nicht veräußert werden durfte.

Daß dieses in neuester Zeit nicht mehr mit der Litiscontestation, sondern bei dinglicher Klage schon mit der conventio eintrat, leidet keinen Zweifel [12]). Höchst wahrscheinlich war dieses aber schon viel früher der Fall. Denn wenn in dem Pandectentitel de litigiosis gesagt ist [13]):

---

10) fr. 1. §. 9 und 10 D. eodem.

11) fr. 1. §. 2. D. eod.

12) Nov. 112. c. 1.

13) fr. 1. pr. D. de litig. (44, 6.)

„**Litigiosam rem non facit denunciatio, quae impediendae venditionis causa fit**“;

so scheint daraus mit ziemlicher Klarheit hervorzugehen, daß Ulpian's Meinung war, eine Denunciation, welche den Proceß förmlich eröffne, mache eine **res litigiosa**. Warum hätte er sonst hervorgehoben, eine Denunciation zum Behufe einer Verkaufsverhinderung habe diesen Effect nicht, obendrein gerade zum Beginne des betreffenden Titels? Dies bestätigt sich auch durch die §. 8 B. 1 und 2 aufgezählten Denunciationsfälle, von denen der erstere obendrein wahrscheinlich macht, daß auch bei nicht dinglichen, auf ein bestimmtes Object gerichteten Klagen der Effect, das Object nicht veräußern zu dürfen, mit der Denunciation eintrat.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß in der oben angeführten Stelle von solchen Fällen, wie die §. 8 gedachten, gesagt ist, die Denunciation mache die Sache, derentwegen denunciirt ist, nicht zu einer litigiösen; denn dies drückt dann offenbar nur aus, daß die Strafen der Veräußerung einer litigiösen Sache dabei nicht eintreten. Es läßt sich auch nicht einwenden, die Litigiosität einer Sache mit dem Momente der **conventio** sey erst durch die Novelle 112 Capitel 1 eingeführt und könne daher früher nicht bestanden haben; denn einestheils könnte die Novelle immer bezwecken, die **conventio** als die neuere Proceßeinleitungsweise der älteren, im justinianeischen Rechte abgekommenen, **denunciatio** ausdrücklich gleich zu stellen, anderentheils kann aber auch durch sie blos bezweckt worden seyn, die unmittelbar vor dem Kaiser eingeleiteten Processe rücksichtlich der Eröffnung und der Wirkung der ersten eröffnenden Schritte den einfach durch **conventio** auf die gewöhnliche Weise eröffneten gleich zu stellen. Dies ist fast das Wahrscheinlichere und kann auch im Ver-

gleiche mit dem Codextitel „quando libellus principi datus litis contestationem faciat" offenbar nicht für unnöthig gehalten werden.

In dem Sinne der oben ausgehobenen Stelle scheint übrigens auch noch der Beginn einer anderen desselben Titels zu nehmen [14]).

„Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare etc."

Denn der allgemeine Ausdruck, de qua controversia est, sagt klar nichts anderes, als der Ausdruck controversia mota, welcher unbezweifelt nicht die Litiscontestation, sondern den Moment der conventio oder denunciatio bedeutet [15]). Auch die Sache selbst spricht übrigens in so fern dafür, als, wenn die Veräußerung der res litigiosa einmal als die Rechte der Partei beeinträchtigend verboten ist, dieselbe nach der conventio schon eben so contra bonam fidem geschieht, wie nach der Litiscontestation.

Ob auch für Forderungen die Denunciation der Moment ist, von wo ab sie für litigiös zu achten sind, oder erst die Litiscontestation, das läßt sich unmittelbar nach den Ausdrücken der Quellen nicht bestimmen; aber ist wahrscheinlich nach den bereits gemachten Erörterungen, eben so dadurch, daß die Ausdrücke lite pendente in dem Codex Justinianeus, weil sie aus dem Codex Theodosianus entnommen sind, nicht füglich anders als auf den Zeitpunct der conventio bezogen werden können [15a]) und wird durch spätere Bemerkungen noch wahrscheinlicher werden.

---

14) fr. 3. pr. D. h. t.

15) fr. 25. §. 7. D. de H. P. (5, 3.)

15a) c. 2. C. J. de litig. (8, 37.), welche mit den Worten lite pendente beginnt, ist die nämliche, welche im C. Th. den Titel de

Hierher gehört ferner noch, was über die Wirkung der Denunciation oder conventio auf die Usucapion und langjährige Ersitzung zu sagen ist. Ob man nämlich gleich den alten Grundsatz, welcher auch in der späteren Zeit noch gültig ist[16]), bei Ersitzung schadet mala fides superveniens nicht, nicht umstoßen und daher selbst durch die Litiscontestation, geschweige bloße Denunciation, die laufende Usucapion, wie die longi temporis praescriptio, nicht als unterbrochen angesehen wissen wollte, so daß diese nach diesem Momente im Laufe des Processes vollendet werden konnten[17]), so war dies doch gewiß wenigstens nur in der ältesten Zeit, späterhin aber nicht mehr von practischem Effecte, vielmehr eine Fiction, welche dem possessor wenig half. Denn wenn er die nach der Litiscontestation usucapirte Sache nicht herausgeben wollte, so konnte er dies zwar in der früheren Zeit; mußte dann aber die Litisästimation bezahlen, wodurch er gleichsam das Usucapirte abkaufte[18]). Noch später konnte er gewiß auch, und zwar schon von Zeit der conventio, controversia mota an, bei longi temporis praescriptio, wahrscheinlich selbst bei der usucapio, gezwungen werden, die Sache selbst herauszugeben[19]).

---

litig. (4, 5.) ausmacht. Später werden wir aber sehen, daß nach theodosischem Rechte mit der Insinuation der Denunciation schon litis exordium angenommen wurde. c. 4. C. Th. de denunc. (2, 4.) Vergl. weiter unten §. 23.

16) fr. 48. §. 1. D. de acq. rer. dom. (41, 1.) fr. 4. § 18. D. de usurp. (41, 3.) fr. 2. §. 13. D. pr. emt. (41, 4.) vergl. mit c. un. C. de usuc. transform. (7, 31.)

17) fr. 17, 18 und 21 D. de R. V. (6, 1.) fr. 2. §. 21. D. pro emt. (41, 4.)

18) fr. 2. §. 21. fr. 3. D. eod.

19) c. 10. C. de praescr. l. t. (7, 33.) Vergl. auch fr. 13. D. pro

„Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit: cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur."

Die Nothwendigkeit des Herausgebens der Sache, welches später, wenn auch außerordentlicher Weise, stets durch militärische Gewalt erzwungen werden konnte[20]), scheint unbedenklich aus dem in praeteritum aestimare geschlossen werden zu dürfen, was ganz einfach blos ausdrückt, daß auf die Zeit nach der mota controversia, und was darin geschehen ist, nichts ankommt, daß vielmehr auf den Moment der mota controversia zurückgerechnet und darnach das Rechtsverhältniß beurtheilt wird. Dann beachtete man also ohne Zweifel eine inzwischen vollendete Ersitzung nicht.

Stand die Sache so unter Diocletian, so scheint es doch fast, als hätte Constantin geradezu mit dem Momente der conventio eine Unterbrechung der Ersitzung angenommen[21]), indem er von dem zu Vertretung seines bestrittenen Eigenthums geladenen Herren sagt:

---

emt. (41, 4.), wo die Frage aufgeworfen ist, ob nicht die longa possessio durch eine Denunciation des Herren an den Besitzer, von einem Baue abzustehen, unterbrochen sey. Wegen der usucapio fr. 2. D. pro don. (41, 6.), wo das edere judicium, was nicht mit dem accipere judicium zu verwechseln ist (fr. 15. D. de auct. et cons. tut. (26, 8.), als der Moment genommen wird, wo die Unterbrechung der usucapio eintreten würde, wenn sie überhaupt eintreten könnte. Edere judicium oder actionem ist aber der conventio oder denunciatio gleichzurechnen. Vergl. §. 19, vorzüglich auch bei Note 26 und Note 22.

20) Vergl. das vielfach beleuchtete fr. 68. D. de R. V. (6, 1.) mit fr. 3. pr. §. 1. D. ne vis fiat ei. (43, 4.)

21) c. unic. C. ubi in rem act. (3, 19.)

„Si vero post ejusmodi indultum tempus, minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit: tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, *ad interrumpendam longi temporis praescriptionem*, contestata: etc."

Und was konnte auch daran liegen, ob man eine Fiction noch weiter festhielt, welche ohne alle practische Bedeutung war, oder ob man sie aufgab? — Das Letztere erscheint sogar als das offenbar der Sache mehr Angemessene.

Dies Alles werden wir auch später bei Erörterung der c. 10 C. de acq. et retin. poss. und c. 1 C. de praescr. l. t. bestätigt finden. (§. 25).

Liegt überall in dem Vorigen der Beweis, daß man mit dem Momente der conventio den Stand des Proceßobjectes als gewissermaaßen festgebannt betrachtete, so müssen wir jetzt noch einen Blick darauf werfen, welche Folgen die conventio auf die Accessorien des Streites hatte.

Bei der hereditatis petitio ist es ganz klar ausgesprochen, daß nicht erst mit der Litiscontestation, sondern schon mit der controversia mota, namentlich mit der Denunciation, erst später wohl schon mit dem Momente, wo der Beklagte überhaupt von der Klage Kenntniß erhält, die mala fides desselben eintritt und er quasi wie ein praedo behandelt wird[22]).

Dies hat aber nicht blos bei der hereditatis petitio, sondern ebenfalls bei den einzelnen dinglichen Klagen statt[23]).

Hierbei ließe sich nur zweifeln, ob das unter Hadrian

---

22) fr. 20. §. 6 und 11. fr. 25. §. 7. D. de H. P. (5, 3.)

23) fr. 40. pr. D. eod. §. 2. J. de off. jud. (4, 17.): „Post inchoatam autem petitionem etc."

erschienene Senatusconsult von einer förmlichen Denunciation redet und ob, wenn dieses zu bejahen wäre, die über die Wirkung der Denunciation in dem Senatusconsult enthaltene Bestimmung eine ganz neue ist oder nicht?

Was den ersten Punct betrifft, so kann nach dem Ausdrucke Ulpian's, welcher später dieses Gesetz interpretirte, allerdings scheinen, als wäre unter dem denunciare ein gewöhnliches, einfaches Bekanntmachen zu verstehen [24]); allein die Worte in dem Texte des Gesetzes selbst sind ganz klar so gefaßt, daß wir sie auf eine förmliche Proceßdenunciation beziehen müssen [25]), und so kann über diesen Punct kein Bedenken seyn, wenn selbst nach den früheren Untersuchungen (§. 11) denunciare nicht im Zweifel ohnehin als förmliches Verkündigen genommen werden müßte.

So viel aber den anderen Punct anbelangt, so haben wir schwerlich anzunehmen, daß das Senatusconsult etwas ganz Neues einführte; denn die Denunciation war nach unseren Erörterungen bereits früher schon als Proceßeinleitungsform vorhanden, hatte sich zu Hadrian's Zeit, wie wir später noch sehen werden, auch schon mannigfach über die ursprüngliche Grenze hinaus ausgedehnt und verbreitet, und war namentlich bei der hereditatis petitio in der Art ohne Zweifel schon früher, wenn auch nicht lange, gäng und

---

24) fr. 20. §. 11. fr. 25. §. 7. D. de H. P. Wenn man bedenkt, daß diese Stellen Excerpte aus juristischen Schriftstellern sind, welche man in einer Zeit machte, wo die Denunciation längst aufgehört hatte, die gebräuchliche Proceßeinleitungsform zu seyn und wo man bei dem Excerpiren oft ziemlich gewaltsam zu Werke ging, mitunter gehen mußte, so fragt sich überdem noch sehr, ob Ulpian wirklich genau so schrieb, wie es nach jenen Stellen scheinen möchte.

25) fr. 20. §. 7. D. eod.: „Cum primum aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset."

gebe [26]). Dann ist aber wohl um so mehr anzunehmen, daß schon vorher auch im Betreff der Wirkungen der Denunciation und namentlich der Wirkung, von welcher wir jetzt sprachen, sich ein bestimmterer Brauch gebildet hatte, als es nach dem schon Bemerkten in der Natur der Denunciation lag, den Denunciaten in mala fides zu versetzen. Der Brauch war vielleicht nicht ganz unbezweifelt, vielleicht zumal bei der hereditatis petitio, wenn für sie die Denunciation nicht seit Langem in Anwendung gekommen war. Das Senatusconsult fand zweckmäßig, ihm Bestimmtheit zu geben. Vielleicht wollte es auch nur auf die anderen möglichen Proceßeröffnungsweisen ausdehnen, was bei der Denunciation schon längst galt. Vielleicht stellte es deshalb dabei die Denunciation voraus (Note 25). Später nahm man dann das Senatusconsult mittelst Interpretation in immer weiterem Sinne und nahm mala fides bei dem Beklagten schon früher an. Bloßes einfaches Bekanntmachen, ja, das Wissen von den Ansprüchen des Klägers, erzeugte sie [27]). Dies war für Justinian's Zeit das vorzüglich Interessante. Was namentlich die Denunciation anlangt, das hatte wenig oder kein Interesse mehr.

Das hier Ausgeführte bestätigt sich auch unbedingt durch den Codex Theodosianus, wo der Besitzer einer fremden Sache mit dem Momente der conventio, wenn er den Proceß verliert, zur Früchteerstattung gehalten ist, wenn er selbst außerdem nicht für einen praedo gehalten werden kann [28]).

---

26) Dies beweist die Stelle der vorigen Note ganz klar, wo die Denunciation den anderen Proceßeröffnungsformen ganz auf die Weise gleichsteht, wie bei *Paul.* R. S. V, A, 7.

27) fr. 20. §. 11. fr. 25. §. 7. D. eod.

28) c. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. (4, 18.) Hier steht post

Ein weiterer Beweis für unsere Ansicht scheint in folgender Stelle des Marcian zu liegen[29]):

> „**Et non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris absentis denunciatum est a creditore, procuratoreve ejus, cum, etiamsi ipsi, inquit, domino denunciatum est, ceterum postea, cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur.**“

deren Sinn etwa so zu nehmen wäre: Zum Beweise der **mora** reicht es nicht, wenn der Gläubiger oder dessen Procurator dem Sclaven des abwesenden Schuldners denunciirte, da, falls auch dem Herren selbst denunciirt ward, doch dadurch nicht sofort **mora** als erzeugt angenommen wird, wenn nachher, wo der Schuldner sich einstellt, so daß er belangt werden kann, die Forderung nicht auch gerichtlich gegen ihn geltend gemacht würde[30]).

Zwar ist häufig die Stelle anders interpungirt, als wir sie interpungirten, inzwischen kann das natürlich nichts ausmachen, und es ist in der That nicht abzusehen, wie sie sonst construirt werden sollte. Das erste cum ist nothwendig mit **non protinus per debitorem mora facta intelligitur** zusammen zu nehmen. Ob man dann zwischen **ceterum** und **postea**, wie es manche Ausgaben nach Handschriften thun, ein **si**

---

conventionem und re in judicium deducta einander ganz gleich.

29) fr. 32. §. 1. D. de usur. (22, 1.)

30) Der einfache Ausdruck, daß durch Denunciation schon mora erzeugt wird, scheint auch in dem fr. 2. D. de naut. foen. (22, 2.) zu liegen, nur ist darin nicht enthalten, daß die mora blos interimistisch einträte.

setzen oder dieses weglassen will, ist wenigstens für den Sinn der Stelle, um den es uns hier allein zu thun ist, ganz gleichgültig.

Nehmen wir die Stelle in der oben gedachten Maaße, so sagt sie uns klar, daß **mora** zwar mit der Denunciation eintritt; aber nur dann, wenn die Sache alsbald mit dem Erscheinen des Denunciaten zum gerichtlichen Austrage gebracht wird, der Denunciant die Sache nicht liegen läßt, wodurch die **mora** wieder wegfallen, oder als nicht geschehen angesehen werden würde, so daß auch hiernach dieselbe blos eine interimistische ist, was vollkommen gut mit dem über die durch Denunciation bewirkte Unterbrechung der Verjährung Bemerkten, welche wir uns auch als eine lediglich interimistische zu denken hatten, zusammentrifft. Auf diese Fiction deutet wohl auch das **intelligitur.** Zwar könnte hierbei einen Zweifel erregen, ob **instantia** nothwendig auf einen processualischen Austrag der Sache bezogen werden müßte und nicht eben so gut auf eine weitere außergerichtliche Mahnung bezogen werden könnte; allein dabei scheint den Ausschlag für unsere Ansicht zu geben, daß, wenn wir **instantia** blos als Mahnung nähmen, nicht abzusehen wäre, weshalb eine zweite außergerichtliche Mahnung mehr als die erste wirken sollte.

So die Stelle genommen, bestätigt sie uns für die persönlichen Klagen, so weit bei diesen überhaupt von Verzugszinsen die Rede seyn kann, ganz offenbar, was uns die Stellen aus dem Titel **de hereditatis petitione** für die dinglichen bewiesen. Nehmen wir dann hinzu, was wir über die Natur der Denunciation zuerst bemerkten, so könnte wohl eine interimistische **mora** im allgemeinen als Wirkung der pro-

ceßeinleitenden Denunciation angesehen werden, selbst wenn wir weitere Beweise dafür nicht hätten.

Unter diese weiteren Beweise läßt sich aber wohl noch rechnen, daß auch bei den Interdicten mit dem Momente, wo sie edirt werden, die Verbindlichkeit zum Fruchtersatze entsteht [31]).

„In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro."

Das Ediren ist nämlich doch jedenfalls der erste Zeitpunct, von wo an der Beklagte von dem Interdicte Kenntniß erhält. Früher konnten jene Wirkungen hier aber nicht eintreten, weil sich das Recht des Klägers von dem Interdict an datirte.

§. 22.

Fortsetzung.

Wirkung der Denunciation auf Dritte.

Uebrigens wirkte die Denunciation nicht blos auf die Streitenden ein, sondern auch auf Dritte.

So durfte bekanntlich ein Dritter im Streit befangene Sachen und Forderungen in der Regel nicht erwerben und wurde sogar, wenn er wußte, daß sie litigiös waren, gestraft [1]). Für litigiös waren die Sachen aber auch hier ohne Zweifel mit der conventio zu halten und wohl eben so die Forderungen.

Eine fernere derartige Wirkung der einen Proceß einlei-

---

31) fr. 3. D. de interd. (43, 1.) Ferner fr. 8. §. 4. und 6. D. de praevar. (43, 26.) fr. 14. §. 11. D. de furt. (47, 1.) Das interdictum de vi macht hiervon eine Ausnahme, wo jedoch die Regel bestätigt wird. fr. 1. §. 40. D. de vi et vi arm. (43, 16.)

1) c. 4. C. de litig. (8, 37.)

tenden Denunciationen war wohl auch die, daß derjenige, welcher bei Gelegenheit einer solchen eine auf den verkündigten Proceß bezügliche Erklärung abgab, bei dieser unter allen Umständen festgehalten werden konnte (§. 10 Num. 2 a. E). Sicher dann wohl auch der Beklagte selbst.

Nach einigen Digestenstellen[2]) ergiebt sich nämlich, daß der, welcher dem Vindicanten sich als Besitzer entgegenstellte, als Beklagter nur dann festgehalten werden kann, wenn der Kläger nicht wußte, daß derselbe wirklich nicht Besitzer war und überdem auch nur nach der Litiscontestation. Nach einer anderen Stelle[3]) kommt, wenn nicht der Beklagte, sondern ein Dritter sich als Besitzer dem Streite bietet, auf das Wissen oder Nichtwissen des Klägers, so wie darauf, ob zur Zeit der Erklärung dessen, der den Streit als Besitzer auf sich nimmt, Litiscontestation erfolgt war oder nicht, nichts an, vielmehr bleibt in jedem Falle der Erklärende gehalten, wenn der Kläger ihn mittelst einer Testation festhält und die Erklärung darthut. Schon die Glosse hat die Stelle so verstanden[4]), und das sin autem scheint klar genug darauf hinzuweisen.

Obschon nun unnöthig scheinen könnte, bei der letzten Stelle eine Denunciation zu supponiren, da ja bloße Beweiszeugen zugezogen worden seyn könnten, um die Erklärung zu beweisen, so scheint unsere Annahme aus mehreren Gründen doch höchst wahrscheinlich.

---

2) fr. 25 und 26 D. de R. V. (6, 1.)

3) fr. 27. pr. D. eod.: „**Sin autem**, cum a Titio petere vellem, **aliquis dixerit, se possidere**, et ideo liti se obtulit **et hoc ipsum** in re agenda **testatione probavero: omnimodo condemnandus est.**“

4) Glosse zu der in letzter Note angezogenen Stelle und zwar zu dem Worte omnimodo.

Zunächst ist zu erwägen, daß die Stelle von Paulus herrührt, der nach Marc Aurel noch zu Alexander Sever's Zeiten lebte und schrieb, nachdem also der erstere Kaiser nach der bekannten Stelle des Aurelius Victor[5]) die Denunciation allgemein als regelmäßige Proceßeröffnungsform eingeführt hatte, die sich ja noch im Codex Theodosianus bekanntlich als solche findet[6]). Zu Paulus Zeit war sie noch eine private[7]). Die Vindicationsprocesse wurden ohne Zweifel mittelst einer Denunciation begonnen. Daher müssen wir uns auch den in unserer Stelle fraglichen so begonnen denken, da das „petere vellem“ doch sicher nicht auf einen blos inneren Entschluß, sondern einen durch Handlungen bethätigten Willen geht und dann am passendsten und einfachsten auf die Denunciation, die erste den Proceß beginnende Willensäußerung, bezogen wird. Es auf einen späteren Moment zu beziehen, fehlt es an allem Grunde und es auf einen früheren zu beziehen, geht deshalb nicht, weil dieser dann auch ein ganz unbestimmter wäre und sich in der That, die Sache juristisch genommen, nicht gut begreifen ließe, wie ein solcher früherer unbestimmter Moment, wo ein Proceß noch gar nicht begonnen ist, auf die Erklärung des sich als Besitzer Bietenden so entschiedenen Einfluß üben sollte. Dann liegt aber nahe, das dixerit auf eine bei Gelegenheit einer Denunciation geschehene Erklärung zu beziehen, ja, es kann kaum dem Ausdrucke der Stelle zu Folge anders genommen werden. Am Ende ist dies auch der Sache nach das Natürlichste.

---

5) Aur. Vict. de caesar. Marc. Aur. c. 16. Später kommen wir auch auf diese Stelle zurück.

6) Cod. Theod. tit. de denunc. (2, 4.)

7) c. 2. C. Theod. de denunc.

Sollen wir uns das Verhältniß so denken, daß der Kläger erst die Zeugen zusammengeholt habe? Das geht nicht recht. Ueberdem, woher soll die ganz besondere Wirkung der Erklärung kommen? Vielleicht soll die Aufdringlichkeit des Erklärenden gestraft werden? Aber warum dann weniger, wenn sie sonst auf irgend eine andere Weise bewiesen wird, als durch eine Testation? Warum hat die Testation gerade die besondere Kraft? Davon wäre in der That kein Grund abzusehen, wenn wir sie als gewöhnliches Beweismittel nähmen und nicht als eine vor den Denunciationszeugen abgelegte und in das Denunciationsinstrument wahrscheinlich aufgenommene Erklärung. Nehmen wir sie so, so erklärt sich ihr besonderer Werth und Wirkung ganz natürlich; denn dann ist die Erklärung eine vor Volksrepräsentanten vorgenommene, ernsthafte, förmliche und feierliche und daher von mehr Bedeutung und deshalb auch bindender, als eine im gewöhnlichen Leben abgegebene, zu deren Mehrwerthe bloße Beweiszeugen, die gegenwärtig sind, nichts beitragen können.

Darin, so wie in dem Puncte, daß auch der Denunciat selbst durch eine bei Gelegenheit der Denunciation über das betreffende rechtliche Verhältniß gegebene Erklärung eben so wie ein Dritter gebunden wird, bekräftigt uns außer der Natur der Sache, wie wir sie eben und schon früher entwickelten, auch noch eine Stelle[8]), deren wir schon oben gedachten, und die ebenfalls von Paulus herrührt. Nach ihr giebt der über ein Rechtsverhältniß mittelst Denunciation Angegangene eine auf dieses bezügliche Erklärung und wird für an diese gebunden gehalten (§. 8, A. 20), wie wenn er eine

8) fr. 8. D. pr. derel. (41, 7.)

solche Erklärung im Processe selbst zu den Acten des Magistrates erklärt[9]).

§ 23.

Die Denunciation als allgemeine Proceßeinleitungsform.

Sehen wir jetzt noch einmal auf die **legis actio per condictionem** zurück und fragen, ob von den aufgezählten Wirkungen der Denunciation vielleicht eine oder die andere das Entstehen jener Legisactio veranlaßt haben könnte, so möchte das schwerlich der Fall gewesen seyn.

Die Klagen, die **per condictionem** ausgetragen wurden, waren lauter **actiones perpetuae** im eigentlichen Sinne, bei denen es daher der Perpetuation durch die Litiscontestation oder Denunciation nicht bedurfte und welche unzweifelhaft auf die Erben zu jeder Zeit übergingen. Zinsen von Zeit der Litiscontestation oder Denunciation wurden von **certa pecunia**, welche condicirt wurde, nie bezahlt[1]), und da dies Einklagen der **certa pecunia** die **legis actio per condictionem** zuerst erzeugt hatte, so konnte die Wirkung der Denunciation auf die Zinsen, welche nur in anderen, nicht in den Fällen, wo es sich um **certa pecunia** handelte, eintrat, (§. 21 gegen das Ende) natürlich keine Veranlassung zu dem Entstehen der neuen **legis actio** gewesen seyn. Bei **certa pecunia** konnte auch von einer Fixirung des Proceßobjectes durch die Denunciation nicht die Rede seyn, und so ist auch nicht möglich, daß dies für Entstehung der **legis actio per condictionem** eine Veranlassung war. Die Wirkungen der Denunciationen auf Dritte würden ohnedem zu precär gewesen seyn, um einen

9) **c. 3. C. de fide instr. (4, 21.)**

1) Liebe, Die Stipulat. S. 51 fgg. Savigny, Heutiges röm. R. Bd. V. S. 465 fg.

Grund zur Bildung einer neuen Proceßart abgeben zu können. Dann bliebe nur die Consumtion, welche allerdings wohl mit der bei der legis actio per condictionem vorgekommenen Denunciation verbunden gewesen seyn könnte. Da jedoch die Consumtion dem Kläger nur zum Schaden gereichte, wir aber sahen, daß jene Legisaction vorzüglich zum Nutzen und zur Förderung desselben eingeführt war, so ist schwerlich anzunehmen, daß sie die neue Klageweise erzeugt haben sollte, wäre auch damals wirklich schon die Consumtion mit dem Momente der Denunciation eingetreten, wofür fast zu sprechen scheint, daß wir gerade für die daraus stammenden Wirkungen der Denunciation selbst in einer späteren Zeit die vollständigsten Beweise vorfinden (§. 19), und, was sich mit unserer Annahme sehr wohl vereinigen würde, daß die feierliche außergerichtliche Denunciation, mit welcher die legis actio per condictionem anhob, die nämliche gewesen seyn möchte, welche dann in jure wiederholt ward (§. 14 a. E.) Doch läßt sich so etwas freilich nicht auch nur mit einiger Gewißheit ermitteln.

Darnach ist also wohl anzunehmen, daß andere als die in den §§. 14 und 16 angegebenen Entstehungsgründe jener eben erwähnten Legisaction überhaupt nicht vorhanden waren. Wenigstens sind uns keine anderen bekannt.

Ist durch diesen Ausspruch der negative Zweck der Untersuchungen der vorigen §§. angegeben, so lag ein fernerer positiver darin, anschaulich zu machen, wie die Denunciation nach und nach weiter um sich greifen und zuletzt die allgemeine Proceßeinleitungsform werden mußte. Diese Nothwendigkeit ergibt sich aber daraus, daß sie eine gebildetere leichtere Weise war, die Processe zu eröffnen und zum Ziele zu führen, und daß sie sich dazu qualificirte, nach und nach

16

die Litiscontestation in ihren wesentlichsten Functionen zu vertreten, was mannigfache Vortheile bot. Daß Letzteres nur nach und nach geschah, sehen wir aber aus gar manchen Umständen, wie z. B. daraus, daß uns von der Transmission der Pönalklagen auf die Erben bekannt ist, daß sie erst auf Constitutionen der Kaiser von der Litiscontestation auf den Moment der conventio vorgerückt ward[2]). Es ist dies auch der allgemeinen geschichtlichen Fortentwickelung des römischen Rechtes weit entsprechender. Jene Vorzüge der Denunciation zu gewinnen, war aber nicht blos wünschenswerth bei den Processen über pecunia und res certa, sondern zuletzt bei allen Rechtsstreitigkeiten. Deshalb ist nicht zu verwundern, wenn sie immer mehr und mehr um sich griff.

Wahrscheinlich wurde sie zunächst ausgedehnt auf die anderen Condictionen, welche davon auch ihren Namen bekommen haben mögen. Aus dem Obigen ist uns bekannt, daß sie später bei den Condictionen wieder wegfiel. Sodann finden wir sie vor bei Criminalhändeln und bei der operis novi nunciatio, auch bei den fiscalischen Processen. Bei den beiden letzteren wohl mit etwas veränderter Form (§. 13). Darüber ist nichts weiter hinzuzufügen. Es ist uns aus dem Früheren erinnerlich. Bei Abwesenheit Dessen, von welchem eine cautio de damno infecto gefordert wird, wurde auch mit einer Denunciation begonnen[3]). Sodann wurde nach dem Obigen nicht nur die hereditatis petitio, sondern auch die querela inofficiosi wenigstens häufig mittelst Denunciation eingeleitet.

---

2) fr. 33. D. de O. et A. (44, 7.)

3) fr. 4. §. 5 und 6. D. de damn. infect. (39, 2.)

So wurden mit dieser Form nach und nach fast alle einzelnen Processe eröffnet, nachdem Marc Aurel sie in der Weise, wie wir es bereits kennen lernten, zur allgemeinen Proceßeinleitungsform erhob. Zu seiner Zeit hatte sie ohne Zweifel bereits fast alle die Eigenschaften, welche wir an ihr beobachteten, und die Wirkungen der Litiscontestation mit der Denunciation zu verbinden, war auch in der That das Rationellere. Warum hätte nicht schon diese mala fides bei dem Beklagten erzeugen, eine Sache, um die es sich handelte, zur litigiösen machen, warum nicht die Verjährung der Temporalklagen unterbrechen sollen? Dies ohne Zweifel hatte der neueren Form den Sieg mit verschafft.

Dabei konnte das allmählige Abkommen des Legisactionenprocesses und endlich dessen Verschwinden, so wie überhaupt jede Aenderung, welche in processualischer Hinsicht eintrat, nicht sonderlich in Rechnung kommen; denn immer ließ sich hier wie dort die Denunciation mit gleichem Vortheile zur Proceßeinleitung gebrauchen.

So finden wir denn auch später bekanntlich im Codex Theodosianus ihren Sieg noch entschiedener, als zu Marc Aurel's Zeit; denn hier bildete sie den Ordinarproceß. Alle Processe waren in der Regel durch sie einzuleiten und dieses Uebergewicht über alle anderen Formen verdankte sie ohne Zweifel bei weitem mehr dem Umstande, daß sie gewissermaaßen die Litiscontestation ersetzte, als ihrer Kürze und sonstigen Bequemlichkeit; denn indem sie die ursprüngliche Grenze übersprungen und auf fast alle Objecte des Processes Anwendung gewonnen hatte, wurde wohl vorzüglich dadurch zugleich die Nothwendigkeit herbeigeführt, ihre Fristen öfter zu erstrecken, was zuletzt, wie wir sahen, dahin ausartete, daß im allgemeinen geräumigere Fristen bei ihr eingeführt wurden, und daß

sie gerade dadurch eine unpassende Proceßeinleitungsart für die Händel wurde, bei denen Beschleunigung nothwendig war[4]) (§. 17).

Der Beweis dafür aber, daß nach dem Rechte des Codex Theodosianus schon die Denunciation im wesentlichen die Litiscontestation vertrat, scheint ganz klar und einfach in einer Constitution des Valentinian, Theodos und Arcadius zu liegen, wo es heißt[5]):

> „Post celebratam denunciationem seu edicto sive (seu) editione rescripti (quod tamen jure sit impetratum) litis exordium auspicatur inter justas videlicet et legitimas personas."

Dieses Verlegen des Streitbeginnes auf den Moment der dem Gegner verkündigten Denunciation würde aber keinen Sinn bieten, falls nicht auch schon von da an durch die eingetretenen Wirkungen der Litiscontestation sich auswiese, der Proceß, lis, sey begonnen.

In einer anderen Stelle[6]) ist, wie es scheint, die judiciaria conventio eben so als ein von dem Gericht erlassenes Edict mit contestatio gleichbedeutend gebraucht.

Ferner scheint auch ein Beweis dafür, daß die wesentlichsten Wirkungen der Litiscontestation nach theodosischem Rechte auf die Insinuation der Denunciation übergegangen waren und daher die Litiscontestation eine weniger wichtige Stellung hatte als früher, darin zu liegen, das sich im Codex Theodosianus gar kein Titel über die Litiscontestation vor-

---

4) c. 3, 6 und 7 C. Th. de denunc. (2, 4.): „ruptis denunciationum ambagibus."

5) c. 4. C. Th. eod.

6) c. un. C. Th. si cert. pet. (2, 27.)

findet, obwohl wir ihre Geltung, welche doch hie und da hervortritt[7]), uns nicht als gänzlich verschwunden denken dürfen. Dies wird sich in den Untersuchungen darüber, wie es mit diesem Puncte in dem justinianeischen Rechte stand, noch genauer ausweisen.

Immittelst hatte sich die Form der Denunciationen, welche proceßeinleitende waren, nach dem Codex Theodosianus auch umgestaltet[8]). Vor Constantin waren sie wohl alle, wenigstens in der Regel, private gewesen; dieser Kaiser verordnete, sie sollten bei Behörden, oder wenigstens bei denen geschehen, welche das actorum conficiendorum jus hätten, damit durch die privaten Testationen keine Betrügereien gemacht würden[9]). Obwohl nämlich, wie wir wissen[10]), solche schriftliche Testationen nur als Beweisdocumente galten, welche abgeleugnet bewiesen werden mußten, so war bei ihnen, wenn sie private waren, doch leicht Täuschung und Betrug möglich; denn Der, gegen welchen sie producirt wurden, z. B. ein Erbe, konnte, verleitet durch Aehnlichkeit der Handschrift, leicht eine falsche Testation für eine richtige nehmen und sie anerkennen, konnte auch von der Richtigkeit der Urkunde durch falsche Beweismittel überführt werden[11]). Dem wurde durch die Verordnung von Constantin möglichst abgeholfen. Die Denunciation brauchte

7) c. un. §. 1. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14.)

8) c. 4. C. Th. eod. Wenn hier die Denunciation durch Privaten, im Gegensatze der durch eine Behörde bewirkten, privata testatio genannt wird, so schließt dies natürlich nicht aus, daß sie ein feierlicher Act war. Vergl. c. un. C. Th. utrubi (4, 23.) auch §. 11. Note 7.

9) c. 2. C. Th. eod.

10) §. 12 Note 16[a].

11) Dergleichen kam gewiß schon zu Constantin's Zeit wiederholt vor. Vergl. Nov. 73 pr.

nach dem eben gedachten Gesetze übrigens nicht gerade nothwendig bei der Proceßbehörde angebracht zu werden, obwohl dies das bei weitem Natürlichste war und später ohne Zweifel auch das Gebräuchliche wurde, sofern sie nicht an den Kaiser selbst geschah.

Da hiernach die Denunciation keine unmittelbare mehr war, die von einem Privaten an den anderen ohne Vermittelung erging, da sie vielmehr bei einer Behörde, wenigstens bei Jemandem angebracht werden mußte, welcher das Recht hatte, Acten zu verfassen, es aber dem Begriffe der Denunciation zu Folge damit nicht abgemacht seyn konnte, weil sie nur dann wirkte, wenn sie an Den gelangt war, gegen den sie ihre Wirkung äußern sollte, so verstand sich auch bei der neuen Einrichtung, daß dieselbe an den Denunciaten gebracht werden mußte. Dies geschah nun durch ein Edict, oder, wenn die Denunciation bei dem Kaiser angebracht war, durch die Edition des kaiserlichen Rescripts [12]).

> Post celebratam denunciationem seu edicto, sive editione rescripti, (quod tamen jure sit impetratum) litis exordium auspicatur etc.

Zwar hat Hänel in Maaßgabe einiger Codices die Worte „seu edicto sive (seu)“ ausgelassen; es scheint jedoch ohne hinreichenden Grund. Das Ausgelassene hat von jeher den Interpreten große Schwierigkeit gemacht, wie wir aus den zu der Stelle zugefügten Erklärungen in der Ausgabe des Codex Theodosianus von Ritter sehen und so ist ziemlich begreiflich, wie man dazu gekommen seyn mag, sich des anscheinend Schwierigen zu entledigen. Dieses, oder auch eine

---

12) c. 4. C. Th. eod.

unwillkührliche irrthümliche Auslassung, mag der Grund seyn, weshalb jene Worte in einigen Handschriften nicht gefunden werden. Sobald aber Gründe vorhanden sind, welche für die Lesart der bei weitem meisten Handschriften, welche jene Worte enthalten, sprechen, so müssen wir die von Hänel beliebte Auslassung für nicht richtig halten und an solchen Gründen dürfte es nicht fehlen.

Die Ueberschrift des betreffenden Titels im Codex Theodosianus lautet: „de denunciatione vel editione rescripti." Darnach soll darin von zweierlei gehandelt werden, einmal von den Fällen, wo der Proceß durch Denunciation, nicht vor dem Kaiser, eingeleitet wird und sodann von denen, wo nach einem Anbringen bei dem Kaiser dieser unmittelbar ein Rescript ertheilt und mit dessen Edition der eigentliche Proceß beginnt. Nun ist es doch aber unwahrscheinlich, daß in dem Titel nicht für beide Fälle der ungefähre Gang angedeutet seyn sollte, ja, diese Andeutung erscheint sogar nothwendig. Sie fehlte aber gerade für den ersten und regelmäßigen Fall[13]) ganz und gar in dem Titel, wenn jene betreffenden Worte wegfielen, während sie umgekehrt klar in ihnen liegt. Denn wenn zu der Denunciation in jenen Fällen noch etwas Weiteres, wie wir bemerkten, ein celebrare denunciationem, wie es unsere Stelle ausdrückt, hinzukommen mußte, um dem Proceß seinen Fortgang zu geben, und die Hauptwirkungen der Litiscontestation herbei zu führen, so konnte dies nicht füglich etwas Anderes seyn, als eine Verfügung des Magistrates an

13) Es muß wohl unbedenklich angenommen werden, daß die Entscheidung und Einleitung der Processe durch und vor dem Kaiser ein Extraordinarverfahren bildete (*Paul.* R. S. V, 5, A. §. 1), wie denn dies auch in einer späteren Zeit in der Natur der Sache liegt.

den Beklagten. Diese war für jene Fälle das Nämliche, was die Edition des Rescriptes in dem Falle der Eröffnung des Processes vor dem Kaiser war. Dies ist aber, zwar kurz, jedoch hinreichend deutlich, ausgedrückt, wenn die von Hänel ausgelassenen Worte stehen bleiben.

Hierzu kommt folgende, unsere Ansicht bestätigende, Erwägung. Die Eröffnung des Processes vor dem Kaiser wird unseres Wissens nicht eigentlich mit dem Ausdrucke denunciatio bezeichnet, obwohl dies vielleicht hätte geschehen können. Wenn nun unsere Stelle aber nach ihren Anfangsworten offenbar den Zweck hat, den Moment zu bestimmen, mit welchem die Denunciation für vollzogen und damit der Proceß für begonnen angesehen werden soll und dies bei den gewöhnlichen, den Proceß eröffnenden Denunciationsfällen gerade die Insinuation der richterlichen Verfügung, oder das Erlassen eines Edicts ist, welchem die Edition des kaiserlichen Rescriptes nur gleichgestellt ist, ohne nach Obigem eigentlich selbst eine celebrata denunciatio genannt werden zu können, so läßt sich doch in der That nicht füglich denken, daß der eigentliche und Hauptfall, um den es sich handelte, ausgelassen, und blos ein anderer, uneigentlich hierher gehörender, allein genannt seyn sollte. Deshalb scheint die alte Lesart unbedingt beibehalten werden zu müssen.

Die zu erlassende Verfügung war nach Dem, was wir schon oben (§. 14) ausführten, ohne Zweifel eine peremtorische Ladung zum Erscheinen Beklagtens an einem bestimmten Termine unter der Verwarnung sonst eintretender Sachfälligkeit. Sie war also ein peremtorisches Edict, was ein für allemal erlassen ward, oder stand dem wenigstens ganz gleich und wird also ganz richtig in unserer Stelle Edict genannt. Darauf deutet auch der Schluß derselben, wornach der Frist-

lauf in keiner Art unterbrochen werden kann und darf. So ist nicht abzusehen, wie die gewöhnliche Lesart ein Bedenken bieten könnte.

Jetzt fragt sich nur noch, ob das Edict blos von der competenten Behörde erlassen werden konnte, oder auch von Dem, welchem das actorum conficiendorum jus zustand, wie z. B. den defensores civitatum, wenn dort die Denunciation angebracht, oder niedergelegt worden war[14]). Aus unserer obigen Stelle geht dafür nichts Bestimmtes hervor. Möglich wäre es allerdings. Man könnte ihnen das Recht der Ladung etwa so gut zugestanden haben, wie man in Italien den Notarien als judices chartularii im Mittelalter das Recht ertheilte, einer Urkunde das praeceptum de solvendo einzuhängen und sie dadurch zur guarentigirten zu machen[15]). Doch dürfte im Mangel bestimmter Gesetze die Sache mehr dafür sprechen, daß die Ladung von der competenten Proceßbehörde ausgehen mußte. Sie ist es ja doch bekanntlich immer, welche die Parteien citirt, und sie ist es um so mehr mit Recht, als ja doch von ihr vorzüglich die Fristbestimmungen ausgehen müssen, da kein Anderer zu ermessen im Stande ist, wann gerade das Proceßgericht eine Sache abzumachen vermag. So erscheint es auch nach einer spätern Verordnung des Theodos als das Richtigere[16]).

Dabei kann nur befremden, woher es gekommen sey, daß man nicht gleich bei der Proceßbehörde die Denunciation anbringen mußte. Inzwischen ist dies doch nur auf den ersten Blick auffallend; denn denken wir uns in eine Zeit

14) c. 9. C. Th. de infirm. his (15, 14).

15) Briegleb, Executivproceß S. 67 fg. 108 und sonst.

16) c. 1. §. 1. C. Th. de temp. cert. temp. fin. (4, 14).

zurück, wo einestheils das Schreiben nicht eine so allgemein verbreitete Kunst war als bei uns, und wo anderntheils die Communication zwischen einzeln gelegenen Orten und überhaupt auch der Geschäftsgang viel beschwerlicher und unsicherer war als jetzt, so war es theils für einzelne Parteien eine Hülfe und Bequemlichkeit, wenn sie bei dem Defensor, oder sonst einer nicht competenten Behörde, die Denunciation anbringen konnten, welche dort gehörig aufgenommen und der competenten Proceßbehörde sicher zugestellt werden mußte, theils war es für die Proceßbehörde ein Vortheil, auch aus der Entfernung auf sichere und geschickte Weise von den Klagen der Leute in Kenntniß zu kommen und so mit größerer Sicherheit verfügen zu können. Und darauf dürfte das Ende der schon gedachten Verordnungen Constantin's, wodurch die privata testatio aufgehoben wurde[17],

> „ne privata testatio, mortuorum aut in diversis terris absentium, aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis affigat"

mit zu beziehen seyn.

Uebrigens geschah die Denunciation von der competenten Behörde anfangs wahrscheinlich noch unter besonderer Form, wahrscheinlich mit Zuziehung der nöthigen Anzahl Zeugen, etwa aus dem Officium des Gerichts, und behielt darum fortwährend den Namen denunciatio, der sich später, wohl eben weil die Form dann wegfiel, indem man dem einzelnen verpflichteten Diener des Gerichtes schon Glauben schenkte und ihm allein die Insinuation der Ladung überließ, verlor.

17) c. 2. C. Th. de denunc. (2, 4).

So scheint sich in dem justinianeischen Rechte die Sache zu verhalten [18]).

„Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem: nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, promeruisse responsum, vel etiam in judiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conventio."

In der Stelle des Codex Theodosianus, aus welcher diese Stelle genommen ist, fehlen die Worte per executorem [19]). Wahrscheinlich weil alles Feierliche der Denunciation weggefallen war, nannte man die Insinuation der Ladung an Beklagten nunmehr lediglich conventio. Da auch bei der conventio des justinianeischen Rechtes dem Beklagten eine Frist zur Vernehmlassung gesetzt ward, so wäre wenigstens, wenn man das nicht annähme, nicht füglich abzusehen, worin die große Verschiedenheit zwischen dieser und der früheren Denunciation gelegen haben sollte. Das celebratam denunciationem u. s. w. [20]) scheint darauf fast auch hinzuweisen. Noch deutlicher möchte beweisen, daß die denunciatio im Codex Theodosianus solennis genannt wird [21]).

Der Uebergang der Proceßeinleitungsformen im allge-

18) c. 3. C. J. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39).

19) c. un. §. 1. C. Th. de temp. cert. temp. fin. (4, 14).

20) c. 4. C. Th. de denunc.

21) c. un. C. Th. utrubi (4, 23). Auch die kaiserlichen Rescripte wurden früher feierlich intimirt. c. 2. C. Th. de vi (4, 22). Deshalb wohl von der Denunciation und editio rescripti in demselben Titel.

meinen findet sich ganz richtig in Tigerström's Rechtsgeschichte angegeben[22]).

Vermittelt ist dieser Uebergang vielleicht dadurch, daß, wenn die Klage bei dem Kaiser angebracht war, dieser schwerlich die Form der Denunciation beobachtete. Dies ist daraus zu schließen, daß hier das Anbringen der Klage und die Eröffnung des Processes durch Edition des Rescriptes nicht denunciatio heißt. Dann verpflanzte sich diese größere Freiheit in der Proceßeröffnung wohl auf die Behörden, die ja auch kaiserliche waren und also in des Kaisers Namen handelten.

§. 24.

Die justinianeische Proceßeinleitungsform.

Die Umgestaltung, welche wir eben andeuteten, scheint vollkommen der Natur der Sache angemessen, ja, man möchte sagen, nothwendig. Nach Untergang der Republik zerfielen natürlich nach und nach alle die Formen, welche auf eine Volksvertretung deuteten, immer mehr, weil sie ihren eigentlichen Sinn verloren hatten, und traten zuletzt ganz in den Hintergrund. Ueberhaupt ist es ja bekannt, daß das Formale in dem Rechte bei größerer Bildung immer mehr zurücktritt. Dazu kam bei der Denunciation, daß sie durch die verlängerten Fristen beschwerlich und langweilig geworden war. Deshalb wurden schon in den Zeiten, in welchen sie noch die gewöhnliche Proceßeinleitungsform war, eine Menge Rechtshändel auf andere Weise eingeleitet[1]), nämlich durch eine einfache Ladung vor den Richter, wo die Sache dann mündlich

---

22) Tigerström, Innere Geschichte des römischen Rechts, §. 47.

1) c. 3, 6, 7. C. Th. de denunc. c. un. C. Th. utrubi (4, 23).

auseinander gesetzt wurde, wie später auch[2]). Nach und nach nahm diese Einleitungsweise immer mehr überhand und verdrängte das Ordinarverfahren, welches dadurch das nämliche Schicksal erfuhr, was es der älteren Einleitungsweise bereitet hatte. Die in jus vocatio war nämlich ursprünglich offenbar die gewöhnliche Proceßeinleitungsart. Sie wurde durch die Denunciation, welche ursprünglich eine außerordentliche Proceßeröffnung bildete, verdrängt. Diese rückte nach und nach an ihre Stelle. Jetzt machte sich ein noch einfacheres, weniger formelles Verfahren, was zu Zeit des Theodos noch ein außerordentliches gewesen war, geltend und überwand im Verlaufe der Zeit die Denunciation gänzlich. So steht die Sache im wesentlichen in dem justinianeischen Rechte und gewiß schon eine ganze Zeit vorher, und so finden wir es in dem Corpus Juris.

Was die weitere Entwickelung dieses Zustandes anbelangt, so ist noch Folgendes zu bemerken. Wir haben oben gesehen, daß zwar die Denunciationen nicht nothwendig schriftlich geschahen, daß aber sehr häufig eine schriftliche testatio damit verbunden war. Dies war namentlich auch schon zu Theodos' Zeiten und früher bei den Denunciationen der

---

2) c. 6 C. Th. de denunc. Darin, heißt es, nachdem die verschiedenen Sachen aufgeführt sind, die Jemand klagend geltend machen will, und welche auf außerordentliche Weise eingeleitet werden sollen: ruptis denunciationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes jubeatur proponere, denunciatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri. Die Denunciation mit ihren Fristen hat also nicht statt und im Termine wird die Sache mündlich ausgeführt. Demnach mußte der Verhandlung wohl eine einfache Ladung an Beklagten vorausgehen, der ja sonst von der Sache gar nicht in Kenntniß gewesen seyn würde.

Fall, durch welche die Streitigkeiten eingeleitet wurden. Darauf ist die Erwähnung der **deposita super instituenda lite testatio**[3]) ohne Zweifel zu beziehen, indem das deponere von einer blos mündlichen Denunciation nicht füglich gebraucht werden könnte. Darauf geht auch eben so gewiß das **aut in judicio postulatione deposita**, worauf dann die **conventio** folgt[4]). Wenn hier **postulatio** für **testatio** oder **denunciatio** gebraucht wird, so ist dies höchst natürlich; denn mit der durch Denunciation angebrachten Klage war natürlich die Bitte um Ladung des Beklagten, überhaupt um Proceßeinleitung, verbunden. Die letzte Stelle, um das sogleich hier zu bemerken, beweist zugleich, daß die Denunciation sicher gewöhnlich schon zu Theodos' Zeit bei der Proceßbehörde angebracht ward. Später, wie wir in dem vorigen §. sagten, wurde der Proceß allgemein bei dieser Behörde eingeleitet. Dieses beweisen alle betreffenden Verordnungen Justinian's, deren wir gleich noch näher zu gedenken haben.

Dabei bleibt freilich unentschieden, in welchen Fällen die Denunciation früherhin schriftlich angebracht ward. Vielleicht geschah es in den wichtigeren Fällen, während in den

---

3) c. 9 C. Th. de infirmand. his (15, 14). Die testatio ist nach den früheren sprachlichen Erörterungen sowohl, als nach Vergleich mit c. 2. C. Th. de denunc. für nichts als für eine Denunciation der gedachten Art zu nehmen.

4) c. un. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14). Nach dieser Stelle sowohl, als nach der in voriger Note angezogenen können wir nicht mit Bethmann Hollweg, Handbuch des Processes, Bd. I. S. 253 übereinstimmen, welcher anzunehmen scheint, daß überall, nur nicht da, wo eine Denunciation stattgehabt habe, ein Libell vorgekommen sey, oder wenigstens habe vorkommen können. Unsere Stelle bestätigt das gar nicht, steht vielmehr dem entgegen, denn in ihr ist doch offenbar in dubio von Ordinarsachen vorzüglich die Rede.

minder wichtigen, hundert Solidi nicht erreichenden, und da, wo schleunig verfahren werden sollte, die Klage mündlich angebracht ward. Wenigstens finden wir in diesen die schriftliche Klage nicht erwähnt, vielmehr fielen alle Umschweife des Denunciationsverfahrens weg, und es scheint die Entwickelung der Klage offenbar den mündlichen Terminsverhandlungen vorbehalten gewesen zu seyn[5]). Doch wollen wir nicht behaupten, daß das eben Bemerkte eine strenge Regel gewesen wäre. Dann würde es mit unserem heutigen Zustande rücksichtlich der Proceßführung ziemlich zusammentreffen. Wichtige Sachen pflegen auch wir durch schriftliche Klage anzubringen, wobei sich Alles besser überlegen läßt, während wir geringfügige Sachen meistentheils blos mündlich dem Gerichte vorzutragen pflegen. Auch bei uns existirt darüber übrigens keine absolute Regel; denn wir klagen wohl auch im letzten Falle öfter schriftlich, während auch im ersteren bisweilen wenigstens ein mündliches Anbringen statt hat. So haben wir es wenigstens öfter zu bemerken Gelegenheit gefunden. Diese Ansicht der Sache scheint uns weit natürlicher als die in Note 3 gedachte umgekehrte Ansicht Bethmann Hollweg's, die uns nicht begründet erscheint und welche wir daher in jener Note kürzlich zu widerlegen suchten.

Jedenfalls steht fest, daß schon zu Theodos' Zeit und früher häufig schriftlich geklagt ward. Es ist daher nichts weniger als auffallend, daß wir späterhin und namentlich zu Justinian's Zeit, wo noch mehr als früher Alles schriftlich abgemacht ward, einen schriftlichen Libell, den der Kläger einreichte,

5) Vergl. hier c. 6. C. Th. de denunc., wo von den oben gedachten Händeln die Rede ist. Ueber Rechtsmittel bei den Händeln, welche hundert Solidi nicht übersteigen, siehe Nov. Valent. III. lib. II. tit. 35. §. 17.

als eine allgemeine Einrichtung vorfinden. Er wird in den Quellen **libellus conventionis** genannt [6]), wie denn dieser Name auch der Sache vollkommen angemessen ist. Die Denunciation existirte nicht mehr als Proceßeinleitung. Die **conventio** des Beklagten wurde auf Veranlassung des von dem Kläger eingereichten Libelles ganz einfach durch den Executor bewirkt [7]). So war der Name des **libellus conventionis**, d. h. des Libelles, welcher die **conventio** veranlaßte, ganz einfach gerechtfertigt.

Unmittelbar vor Justinian und noch zu seiner Zeit scheint nun zwar noch öfter dem Beklagten ein solcher Libell mit der Ladung nicht mitgetheilt worden zu seyn [8]), wahrscheinlich mußte aber schon lange vor Justinian der Kläger eigentlich überall, um seine Sache in den Gang zu bringen, dem Gerichte einen solchen übergeben und dieser war dann regelmäßig durch den Executor dem Beklagten zu insinuiren. So verordnete es Justinian für seine Zeit noch ganz ausdrücklich und bestimmt [9]). Dabei erweiterte er die Einlassungsfrist, welche jedenfalls schon lange vor ihm, — wann, wissen wir nicht, — vielleicht nach dem Vorbild der summarischen Streitigkeiten, wo neben den durch Denunciation einzuleitenden Sachen zuerst eine solche Frist vorgekommen seyn kann [10]), auf zehn Tage verkürzt worden war, auf zwanzig Tage und schrieb vor, daß der

---

6) §. 24 J. de act. (4, 6). c. 3. C. de ann. exc. (7, 40). c. 2. §. 2 C. de plus petit. (3, 10). Nov. 53 c. 3. Nov. 96. Nov. 112 c. 2.

7) §. 24 J. cit.

8) Nov. 53 c. 3 pr.

9) Nov. 53 eod. §. 1.

10) c. 6 C. Th. de denunc.: „denunciatione et temporum observatione remota."

Beklagte ein Libell, das Antibiblon, woraus zugleich die Zeit der Insinuation des libellus conventionis ersichtlich seyn sollte, zu unterschreiben habe[11]). Bei uns liefert die Insinuationsregistratur ohne die Unterschrift des Beklagten den überall nöthigen Beweis. So beginnt unter Justinian regelmäßig der libellus conventionis den Proceß.

Wenn Bethmann-Hollweg[12]) findet, daß diese Form mit der Litisdenunciation im entschiedensten Gegensatze stünde und der Uebergang nicht nachzuweisen wäre, so erscheint das nur dadurch, daß er das Formelle der Denunciation nicht hinreichend beachtet hat, begreiflich. Uns muß dieser Uebergang nach dem bereits Entwickelten so natürlich wie nur möglich vorkommen. Nimmt man von der Denunciation die abgelebte und beschwerlich gewordene Form, die wir kennen lernten, die Feierlichkeitszeugen und etwa noch die nuncupatio, so bleibt die Insinuation durch den Executor als einfachstes Surrogat übrig. Das Schriftliche, was in späteren Perioden der Staaten immer mehr hervortritt, weil es bei complicirteren Verhältnissen nothwendiger, auch wohl der Einzelne, bei gemachten üblen Erfahrungen, vorsichtiger und weil das Schreiben mehr Gemeingut und leichter wird, scheint überdem nicht einmal auch nur einigermaaßen wesentlich für die Sache.

Wir sahen, daß die Denunciation eine in sich bestimmte seyn mußte, die nicht nur die Person des Beklagten, sondern auch das geklagte Object zu enthalten hatte (§. 12 Nr. 3. §. 14 vorzüglich Note 28). Der noch vollständigere Beweis dafür war, daß die Denunciation die nämlichen Wir-

---

11) Nov. 53 eod. §. 1 und 2.

12) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Processes Bd. I. S. 253.

kungen hervorbrachte, wie die Litiscontestation. Ob überall? davon noch später. Jener Beweis ist bereits von uns geführt worden (§. 18 bis mit §. 22). War nun eine schriftliche Denunciation, eine schriftliche Testation, ein Libell natürlich seinem Wesen nach nichts Anderes als eine mündliche, so mußte der Libell natürlich dieselben Qualitäten haben, wie die testatio, welche mündlich geschah. Er mußte also auf dieselbe Weise in sich bestimmt seyn wie diese. Da nun der libellus conventionis nichts Anderes ist, als die schon früher vorkommenden Klaglibelle waren, zu denen wir auch die öfter schon früherhin gebräuchliche libelli datio [13]) zu rechnen haben, durch welche der Beweis vervollständigt wird, daß schon in der classischen Zeit schriftliche Klagen im Gebrauche waren, so ist schon darnach mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß auch er auf gleiche Weise in sich bestimmt seyn mußte, wenn er wenigstens die Wirkungen erzeugen sollte, welche wir als mit der conventio verbunden nachwiesen. Ein noch weiterer Beweis dafür liegt auch darin, daß edere actionem in dem justinianeischen Rechte den Moment der Insinuation des Libelles bedeutete; (§. 19 Note 25 und was dort in dem Texte bemerkt steht,) durch die Edition aber, welche Klage angestellt werden sollte, nach dem Pandectentitel de edendo näher bezeichnet ward.

Dafür, daß der libellus conventionis nichts Anderes war, als die früher vorkommenden Klaglibelle, und daß er bestimmt seyn mußte, finden wir aber auch noch ganz entschiedene Beweise. Das Erstere geht daraus hervor, daß Justinian den libellus conventionis nicht als etwas Neues ankündigt, was er bei neuen von ihm herrührenden Einrichtungen bekanntlich

---

13) fr. 7 D. de inoffic. test. (5, 2). fr. 1 §. 1 fr. 6 §. 7 D. de edendo (2, 13).

so oft thut, daß er ihn vielmehr für eine alte, schon der classischen Zeit angehörende Erscheinung offenbar hält[14]), das letztere Moment bestätigen uns mehrere Bestimmungen des justinianeischen Rechtes, wornach in dem Libelle die geforderte Summe enthalten seyn muß[15]), und wornach der Beklagte daraus seine Verbindlichkeit gegen den Kläger kennen lernen soll, um nachgeben, oder sich vergleichen zu können[16]). Es geht aber auch daraus hervor, daß uns Justinian erzählt, es sey schon über die Wirkungen eines die specielle causa der Klage nicht enthaltenden allgemeinen Libelles im Alterthume Streit gewesen[17]).

Die Stelle, in welcher er dieses erzählt und welche uns auch noch sonst interessirt, lautet so:

> „Si ex multis causis quidam obnoxium habens, et maxime ex similibus quantitatibus, in unius quidem causae summa libellum conventionis composuerit, causam tamen non expresserit, apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in judicium deduxisse, an vetustissimam earum, aut omnino nihil fecisse, cum ejus sensus incertus esse appareat? Sed et in judiciis in multis casibus tales altercationes ventilatas invenimus et maxime propter longi temporis praescriptionem. Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariae autem actionis nulla mentio procedebat, quidam putabant, temporalem quidem esse temporis interruptione perpe-

14) c. 3 C. de ann. exc. (7, 40).
15) §. 24 J. de act. (4, 6).
16) Nov. 53 c. 3.
17) c. 3 C. cit.

tuatam, hypothecariam autem evanescere taciturnitate sopitam. Et si quis generaliter dixerat, obnoxium sibi aliquem constitutum, aliae dubitationes emergebant, si omnes ei competentes actiones hujusmodi narratione contineri credantur, an vero quasi silentio circa eas habito tempore exspirare, nullo ex incerta libelli confectione adminiculo ei acquisito. Sancimus itaque, nullam in judiciis in posterum locum habere talem confusionem; sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter, nullius causae mentionem habentem, vel unius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones, vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne eum in judicium deduxisse et esse interrupta temporum curricula, cum contra desides homines et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt."

Auf den ersten Blick könnte man wohl meinen, die Stelle sage, der Libell brauche nichts Specielles zu enthalten, weil nicht nur schon die Alten zum Theil dafür gewesen zu seyn scheinen, ein allgemeiner Libell deducire die Sache in judicium, sondern auch Justinian sich ganz allgemein dafür erklärt. Allein die Stelle genauer erwogen, sagt gar nicht, daß ein Libell nicht speciell gefaßt seyn müßte, vielmehr behandelt sie blos die Frage: Wie steht es mit den Wirkungen des Libelles, wenn er nicht speciell, oder auch zu speciell, blos auf einen von mehreren Ansprüchen sich beziehend, gefaßt ist? Schon daß darüber bei den Alten Zweifel entstehen konnte, ob ein zu allgemeiner, oder zu specieller Libell die Sache und welche Sache er in judicium deducire, beweist, daß er eigentlich stets

auch schon bei den Alten, wie zu Justinian's Zeit, gerade ausreichend speciell gefaßt seyn mußte, wie wir dies nach dem Obigen darzuthun suchten, wenn der Kläger der Wirkungen des Libelles gewiß seyn wollte.

Umgekehrt liefert die Stelle aber auch den Beweis, den wir ebenfalls früher (§. 18 bis §. 22) schon führten, daß das Deduciren der Sache in judicium schon mit der Denunciation, oder mit der Insinuation des Libelles, eintrat. Denn gerade daraus, daß bei einem nicht richtig gefaßten Libelle der Eintritt dieser Wirkungen in Zweifel gezogen wurde, geht hervor, daß sie, wenn er in Ordnung war, unzweifelhaft durch ihn eintraten. Den Moment des Eintrittes des deducere in judicium gibt die Stelle ganz klar in den Worten: sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, es ist der Moment der conventio, d. h. wo der Beklagte mit der Notiz von der Klage zugleich die Bedeutung sich ins Gericht zu stellen erhielt.

Die Beweise, welche uns die Stelle zusammengenommen mit allem bereits oben Auseinandergesetzten ganz unzweifelhaft zu liefern scheint, springen aus dem Grunde nicht Jedem sofort in die Augen, weil Justinian sie nur bei Festsetzung eines einzelnen, ihm besonders interessanten Punctes, der Wirkung der Insinuation eines nicht gut gefaßten Libelles auf die Unterbrechung der Verjährung, so durchblicken läßt, daß sie für Den nicht leicht herauszufinden sind, dem der frühere Zustand der Sache nicht genau bekannt ist. Ihm war der berührte Punct besonders interessant, weil er vorzüglich zu seiner Zeit viel Streit veranlaßte: sed et in judiciis in multis casibus tales altercationes ventilatas invenimus et maxime propter longi temporis praescriptionem. Dies war aber nicht unnatürlich, weil, wie die den angeführten

Worten unmittelbar nachfolgenden ergeben, dergleichen Zweifel bei Schuldklagen und hypothekarischen vornämlich entstanden und hierbei die Frage nach Unterbrechung der Verjährung eine neuere, durch die Juristen noch nicht entschiedene war, weil früherhin bekanntlich alle diese Klagen gar keiner Verjährung unterlagen.

Vielleicht und nicht unwahrscheinlich waren die Juristen der Ansicht Justinian's über diese Frage nicht geneigt. Wir müssen das nach Dem schließen, was wir über die Qualität der Libelle bemerkt haben. Denn juristischer ist es allerdings anzunehmen, daß, wenn der Kläger das ihm Obliegende nicht gehörig vollzog, was er that, ihm nicht nützen konnte. Und warum war in ältester Zeit mit der in jus vocatio kein deducere in judicium, sondern erst mit der Litiscontestation verbunden? Weil der Beklagte durch erstere nicht von den Ansprüchen des Klägers in Kenntniß kam, sondern erst durch letztere. Weshalb hätten daher die Juristen der Ansicht geneigt seyn sollen, daß ein Libell, durch den Klägers Ansprüche dem Beklagten nicht klar wurden, die Sache in judicium deducire? Deshalb sucht Justinian für seine Entscheidung nach einem Grunde, den er darin findet, daß nur die Nachlässigen, ihr Recht Verachtenden, durch Verlust desselben bestraft zu werden verdienten. Auf denselben Grund stützt er sich auch sonst noch wiederholt[18]). Ob wir diesen Grund hier ausreichend finden würden, ist freilich eine andere Frage. Denn am Ende ist Der, welcher ihm Obliegendes dem Zwecke unangemessen, so gut wie nicht vollzieht, auch nachlässig. Dadurch, daß Justinian diese ihm zu streng erscheinende Ansicht

18) c. 2 C. de ann. exc. (7, 40). c. 9 C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39).

umgehen wollte, mag wohl unsere Constitution vornämlich mit erzeugt worden seyn.

Es wäre aber unrichtig, die Stelle ganz allein auf den Fall der Verjährung beziehen zu wollen, sie muß im weiteren Sinne genommen werden. Im Eingange ist gesagt, die Alten hätten in den Fällen, wo Einer verschiedene Ansprüche vorzüglich wegen ähnlicher Quantitäten an Beklagten gehabt, in dem Klaglibelle aber nicht ausgedrückt hätte, wegen welches Anspruches er klage, gezweifelt, welche Wirkung ein solcher Libell habe, ob durch ihn alle Ansprüche, oder blos der älteste, oder gar keiner, in judicium deducirt wäre, da der Sinn des Libelles ungewiß sey. Darin liegt offenbar nicht, daß die Frage über die Unterbrechung der Verjährung bei den Alten vorgekommen wäre, und wenn wir die veteres auf die eigentlich classische Zeit zurückbeziehen, wie wir es doch nach dem Sprachgebrauche in dem Titel de veteri jure enucleando, dann durch das ganze sechste Buch des Codex hindurch[19]) und in den verschiedensten anderen Stellen[20]) müssen und

19) c. 22 §. 1, 3 und 4 C. de furt. et serv. corrupt. (6, 2) c. 28. vergl. auch c. 30 und 31 C. de testam. (6, 23). c. 14 C. de hered. instit. (6, 24). c. 7 C. de instit. et substit. (6, 25). c. 5 pr. §. 1 C. de necess. hered. (6, 27). c. 3 C. de postum. her. (6, 29). c. 20, 21, 22 pr. §. 13 C. de jure delib. (6, 30). c. 3 C. de edict. D. Hadr. toll. (6, 33). c. 11 und 12 C. de his qui ut indign. (6, 35). c. 24 C. de legat. (6, 37). c. 3 pr. §. 1 C. comm. de leg. (6, 43). c. 7 C. de condit. insert. (6, 46), vergl. c. 6 C. ad Sct. Orfician. (6, 57).

20) Z. B. c. 19 C. de sacrosanct. eccles. (1, 2). c. 2 C. qui et adv. quos in integr. (2, 42). c. 3 C. ubi et apud quem cognit. (2, 47). c. 12 pr. C. de petit. hered. (3, 31). c. 13, 14, auch 12 und 15 C. de usufr. et habit. (3, 33). c. ult. C. de reb. cred. (4, 1). c. 2 C. de constit. pec. (4, 18). c. 3 C. per quas pers. (4, 27). c. 24, vergl. auch c. 22 und 23 C. ad Sct. Vellej. (4, 29). c. 12 C. depos. (4, 34). c. 6 und 7 C. pr. socio

Fall, durch welche die Streitigkeiten eingeleitet wurden. Darauf ist die Erwähnung der **deposita super instituenda lite testatio**[3]) ohne Zweifel zu beziehen, indem das deponere von einer blos mündlichen Denunciation nicht füglich gebraucht werden könnte. Darauf geht auch eben so gewiß das aut in judicio postulatione **deposita**, worauf dann die conventio folgt[4]). Wenn hier postulatio für testatio oder denunciatio gebraucht wird, so ist dies höchst natürlich; denn mit der durch Denunciation angebrachten Klage war natürlich die Bitte um Ladung des Beklagten, überhaupt um Proceßeinleitung, verbunden. Die letzte Stelle, um das sogleich hier zu bemerken, beweist zugleich, daß die Denunciation sicher gewöhnlich schon zu Theodos' Zeit bei der Proceßbehörde angebracht ward. Später, wie wir in dem vorigen §. sagten, wurde der Proceß allgemein bei dieser Behörde eingeleitet. Dieses beweisen alle betreffenden Verordnungen Justinian's, deren wir gleich noch näher zu gedenken haben.

Dabei bleibt freilich unentschieden, in welchen Fällen die Denunciation früherhin schriftlich angebracht ward. Vielleicht geschah es in den wichtigeren Fällen, während in den

3) c. 9 C. Th. de infirmand. his (15, 14). Die testatio ist nach den früheren sprachlichen Erörterungen sowohl, als nach Vergleich mit c. 2. C. Th. de denunc. für nichts als für eine Denunciation der gedachten Art zu nehmen.

4) c. un. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14). Nach dieser Stelle sowohl, als nach der in voriger Note angezogenen können wir nicht mit Bethmann Hollweg, Handbuch des Processes, Bd. I. S. 253 übereinstimmen, welcher anzunehmen scheint, daß überall, nur nicht da, wo eine Denunciation stattgehabt habe, ein Libell vorgekommen sey, oder wenigstens habe vorkommen können. Unsere Stelle bestätigt das gar nicht, steht vielmehr dem entgegen, denn in ihr ist doch offenbar in dubio von Ordinarsachen vorzüglich die Rede.

minder wichtigen, hundert Solidi nicht erreichenden, und da, wo schleunig verfahren werden sollte, die Klage mündlich angebracht ward. Wenigstens finden wir in diesen die schriftliche Klage nicht erwähnt, vielmehr fielen alle Umschweife des Denunciationsverfahrens weg, und es scheint die Entwickelung der Klage offenbar den mündlichen Terminsverhandlungen vorbehalten gewesen zu seyn[5]). Doch wollen wir nicht behaupten, daß das eben Bemerkte eine strenge Regel gewesen wäre. Dann würde es mit unserem heutigen Zustande rücksichtlich der Proceßführung ziemlich zusammentreffen. Wichtige Sachen pflegen auch wir durch schriftliche Klage anzubringen, wobei sich Alles besser überlegen läßt, während wir geringfügige Sachen meistentheils blos mündlich dem Gerichte vorzutragen pflegen. Auch bei uns existirt darüber übrigens keine absolute Regel; denn wir klagen wohl auch im letzten Falle öfter schriftlich, während auch im ersteren bisweilen wenigstens ein mündliches Anbringen statt hat. So haben wir es wenigstens öfter zu bemerken Gelegenheit gefunden. Diese Ansicht der Sache scheint uns weit natürlicher als die in Note 3 gedachte umgekehrte Ansicht Bethmann Hollweg's, die uns nicht begründet erscheint und welche wir daher in jener Note kürzlich zu widerlegen suchten.

Jedenfalls steht fest, daß schon zu Theodos' Zeit und früher häufig schriftlich geklagt ward. Es ist daher nichts weniger als auffallend, daß wir späterhin und namentlich zu Justinian's Zeit, wo noch mehr als früher Alles schriftlich abgemacht ward, einen schriftlichen Libell, den der Kläger einreichte,

5) Vergl. hier c. 6. C. Th. de denunc., wo von den oben gedachten Händeln die Rede ist. Ueber Rechtsmittel bei den Händeln, welche hundert Solidi nicht übersteigen, siehe Nov. Valent. III. lib. II. tit. 35. §. 17.

als eine allgemeine Einrichtung vorfinden. Er wird in den Quellen **libellus conventionis** genannt[6]), wie denn dieser Name auch der Sache vollkommen angemessen ist. Die Denunciation existirte nicht mehr als Proceßeinleitung. Die **conventio** des Beklagten wurde auf Veranlassung des von dem Kläger eingereichten Libelles ganz einfach durch den Executor bewirkt[7]). So war der Name des **libellus conventionis**, d. h. des Libelles, welcher die **conventio** veranlaßte, ganz einfach gerechtfertigt.

Unmittelbar vor Justinian und noch zu seiner Zeit scheint nun zwar noch öfter dem Beklagten ein solcher Libell mit der Ladung nicht mitgetheilt worden zu seyn[8]), wahrscheinlich mußte aber schon lange vor Justinian der Kläger eigentlich überall, um seine Sache in den Gang zu bringen, dem Gerichte einen solchen übergeben und dieser war dann regelmäßig durch den Executor dem Beklagten zu insinuiren. So verordnete es Justinian für seine Zeit noch ganz ausdrücklich und bestimmt[9]). Dabei erweiterte er die Einlassungsfrist, welche jedenfalls schon lange vor ihm, — wann, wissen wir nicht, — vielleicht nach dem Vorbild der summarischen Streitigkeiten, wo neben den durch Denunciation einzuleitenden Sachen zuerst eine solche Frist vorgekommen seyn kann[10]), auf zehn Tage verkürzt worden war, auf zwanzig Tage und schrieb vor, daß der

---

6) §. 24 J. de act. (4, 6). c. 3. C. de ann. exc. (7, 40). c. 2. §. 2 C. de plus petit. (3, 10). Nov. 53 c. 3. Nov. 96. Nov. 112 c. 2.

7) §. 24 J. cit.

8) Nov. 53 c. 3 pr.

9) Nov. 53 eod. §. 1.

10) c. 6 C. Th. de denunc.: „denunciatione et temporum observatione remota."

Beklagte ein Libell, das Antibiblon, woraus zugleich die Zeit der Insinuation des **libellus conventionis** ersichtlich seyn sollte, zu unterschreiben habe [11]). Bei uns liefert die Insinuationsregistratur ohne die Unterschrift des Beklagten den überall nöthigen Beweis. So beginnt unter Justinian regelmäßig der **libellus conventionis** den Proceß.

Wenn Bethmann-Hollweg [12]) findet, daß diese Form mit der Litisdenunciation im entschiedensten Gegensatze stünde und der Uebergang nicht nachzuweisen wäre, so erscheint das nur dadurch, daß er das Formelle der Denunciation nicht hinreichend beachtet hat, begreiflich. Uns muß dieser Uebergang nach dem bereits Entwickelten so natürlich wie nur möglich vorkommen. Nimmt man von der Denunciation die abgelebte und beschwerlich gewordene Form, die wir kennen lernten, die Feierlichkeitszeugen und etwa noch die **nuncupatio**, so bleibt die Insinuation durch den Executor als einfachstes Surrogat übrig. Das Schriftliche, was in späteren Perioden der Staaten immer mehr hervortritt, weil es bei complicirteren Verhältnissen nothwendiger, auch wohl der Einzelne, bei gemachten üblen Erfahrungen, vorsichtiger und weil das Schreiben mehr Gemeingut und leichter wird, scheint überdem nicht einmal auch nur einigermaaßen wesentlich für die Sache.

Wir sahen, daß die Denunciation eine in sich bestimmte seyn mußte, die nicht nur die Person des Beklagten, sondern auch das geklagte Object zu enthalten hatte (§. 12 Nr. 3. §. 14 vorzüglich Note 28). Der noch vollständigere Beweis dafür war, daß die Denunciation die nämlichen Wir-

11) Nov. 53 eod. §. 1 und 2.

12) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Processes Bd. I. S. 253.

Daß aber dann die Unterbrechung nicht etwa erst von dem Momente der eingetretenen Emendation zu rechnen ist, ergibt sich wohl entschieden aus dem Sinne unserer Constitution, wornach der Werth vornämlich darauf gelegt ist, daß der nicht nachlässige Kläger nicht leiden soll.

Wenn aber auf eine unstatthafte Klage, welche der Emendation nicht fähig, oder wo die Emendation nicht anbefohlen und nicht bewirkt ist, der Proceß dennoch eingeleitet wird, so kann zwar, wenn der Fehler sich mit fortschleppt bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung, durch diese das fragliche Rechtsverhältniß festgestellt und also auch, daß die Verjährung als unterbrochen anzusehen sey, entschieden werden; allein wenn der Fehler im Laufe des Processes entdeckt und die Klage noch abgewiesen wird, so fällt damit auch aller Schein der Unterbrechung weg, da ein bloßer Fehler des Richters, wenn er als solcher anerkannt und jeder darauf basirte Schritt aufgehoben ist, doch nicht blos als nach dieser Einen Seite wirksam angesehen werden kann.

Dies Alles wird durch Das noch klarer werden, was wir über die Wirksamkeit der Insinuation eines proceßeinleitenden Decretes später noch hinzuzufügen haben.

Wir schließen diese Erörterung mit der Bemerkung, daß wahrscheinlich neben dem dargestellten Ordinarverfahren zu Justinian's Zeit, welches bei Einleitung der Processe statt hatte, sich abermals ein außerordentliches bei verschiedenen kleineren Händeln bildete. Darauf leitet uns der Pandectentitel de extraordinariis cognitionibus[25]). Wir können aus

25) Vergl. mit dem tit. D. de extraord. cognit. (50, 13). fr. 17. D. de reb. cred. (12, 1).

ihm übrigens nicht sehen, wie dieses Verfahren genauer beschaffen war. Vielleicht war bei diesen Rechtshändeln kein libellus conventionis gebräuchlich und wurde wohl Alles nur kürzlich mündlich in einem Termine abgethan, etwa wie bei uns in Bagatellsachen zu geschehen pflegt.

§. 25.

Bedeutung der Litiscontestation neben der conventio und wann sie eintritt.

Wenn nun alle die Wirkungen, welche wir als früher mit der Litiscontestation verbunden kennen lernten, später auf den Moment der Insinuation des ersten proceßeinleitenden Decretes übergegangen waren, so entsteht ganz natürlich die Frage, wie es kommt, daß in den Quellen dennoch so oft die Litiscontestation als entscheidender Moment nicht nur, selbst neben der conventio, für die nämlichen Wirkungen angegeben, sondern auch besonders herausgehoben wird, daß sie von jenem Momente sehr zu scheiden sey [1]).

So viel den ersten Punct betrifft, so ist klar, daß, da nach den älteren Schriften der Juristen die Litiscontestation noch der Moment war, mit welchem das deducere in judicium eintrat, es bei dem Excerpiren dieser Schriften eine große Arbeit gewesen seyn würde, überall statt des einen Momentes den anderen zu substituiren. Mindestens hätte das eine sorgfältige Genauigkeit vorausgesetzt, welche anzuwenden man wohl deshalb für überflüssig halten mochte, weil man auch ohnedem, da die Sache bei täglicher Uebung im allgemeinen den Juristen klar seyn mußte, jene Schriften verstand. Man begriff unter dem Ausdrucke litiscontestatio in den gedachten Beziehungen die conventio, wovon uns mehrere Stel-

1) c. un. C. de litiscont. (3, 9).

len den unwiderleglichen Beweis liefern, deren wir oben schon Erwähnung thaten[2]).

Den anderen Punct betreffend ist vor allen Dingen herauszuheben, daß, wo eine Thätigkeit des Beklagten erforderlich war, um für einen begonnenen Proceß gewisse Wirkungen eintreten zu lassen, die conventio nicht füglich der Moment für den Eintritt jener Wirkungen seyn konnte. Wir wollen, so weit es für das Verständniß dessen nothwendig ist, hier in das Detail eingehen.

Wenn der Beklagte, der nicht besitzt, durch seine Erklärung demohnerachtet den Streit als possessor auf sich nimmt, so entscheidet wohl nur die Zeit des judicium acceptum, also der Moment der Litiscontestation[3]). Bis dahin hat er Zeit mit seiner Erklärung[4]). Es würde auch hart seyn, ihn sofort bei der conventio zu einer solchen anstrengen zu wollen. Ein Anderes wäre es, wenn er wirklich eine entschiedene Erklärung, den Streit auf sich nehmen zu wollen, sofort bei der Insinuation des ersten Decretes freiwillig gäbe. Hier wäre wohl nach Analogie eines anderen Falles[5]) seine sofortige Verbindlichkeit allenfalls anzunehmen (§. 22).

---

2) fr. 25 §. 7. D. de H. P. (5, 3): „S i a n t e l i t e m c o n t e s t a t a m, i n q u i t, f e c e r i n t. Hoc ideo adjectum, quoniam p o s t l i t e m c o n t e s t a t a m omnes incipiunt malae fidei possessores esse, q u i n i m m o p o s t c o n t r o v e r s i a m m o t a m. Quanquam enim l i t i s c o n t e s t a t a e mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et p o s t m o t a m c o n t r o v e r s i a m omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur; coepit enim etc." Vergl. auch noch fr. 33 D. de O. et A. (44, 7) c. un. C. ubi in rem act. (3, 19).

3) fr. 25 D. de R. V. (6, 1). fr. 6 D. si ususfr. pet. (7, 6) und andere mehr.

4) Nov. 53 c. 3 pr.

5) fr. 27 pr. D. de R. V.

Der Zeitpunct des judicium acceptum entscheidet auch, wenn einer von mehreren verklagten gemeinschaftlichen Eigenthümern einer noxa durch Hingabe seines Antheiles sich vom Streite frei machen will[6]). Die Gründe sind dieselben, wie in dem vorigen Falle.

Eben so entscheidet der gedachte Zeitpunct für das Vorschützen der Exceptionen des Beklagten. In der älteren Zeit mußten natürlich in der Regel alle ohne Ausnahme in jure bekanntlich vorgeschützt werden, später wenigstens die dilatorischen[7]). Die peremtorischen ließen sich in der späteren Zeit noch bis zur Sentenz nachholen[8]). Freilich ist das bei uns anders[9]), wo wieder alle Einreden in dem ersten Termine vorzutragen sind. Wenn für dies Vorschützen der Einreden in den Stellen der Note 7 nicht mit vollkommener Bestimmtheit der Litiscontestationstermin angegeben ist, so versteht sich dies doch theils nach dem schon Erwähnten, theils darnach ganz von selbst, daß für die beiderseitige Verhandlung gerade jener Termin bestimmt war und namentlich bei nicht ganz specialisirter Klage dem Beklagten früher zu excipiren gar nicht zugemuthet werden konnte. Darüber ist auch wohl nie von Jemandem Zweifel erhoben worden.

Der Moment der Litiscontestation entscheidet auch für den Fall der Recusation des Richters[10]). War einmal dieser

6) fr. 8 D. de N. A. (9, 4): Ante noxale sane judicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, nec necesse habeat, suscipere judicium.

7) c. 19 C. de prob. (4, 19). c. 12 und 13 C. de exc. (8, 36).

8) c. 8 C. de exc.

9) J. R. A. §. 38.

10) c. 12 §. 1. c. 16 C. de judic. (3, 1).

Moment vorüber, so konnte dann nicht mehr recusirt werden. Dies scheint sich nach den Stellen der Note 10 auch auf den Kläger zu beziehen, dem hier allenfalls ein früherer Termin hätte gesteckt werden können. Jedenfalls ist übrigens nach den Gesetzen klar, daß es bei der Recusation vornämlich auf den Vortheil des Beklagten abgesehen war[11]).

Ergibt sich aus solchen Fällen mit Klarheit, weshalb der Zeitpunct der Litiscontestation auch späterhin noch, wo deren meiste Wirkungen auf die conventio übergegangen waren, von dem der conventio wohl geschieden werden mußte, so wird uns diese Nothwendigkeit auch gleich noch aus Folgendem klar werden.

Daß die Wirkung der Denunciation rücksichtlich der Accessionen vom Streitobjecte (§. 21) keine unbedingte war, daß sie vielmehr nur eintrat, wenn das judicium der Denunciation alsbald nachfolgte[12]), und insofern nur eine hypothetische oder interimistische war, haben wir schon oben erinnert und haben die in der letzten Note citirte Beweisstelle, welche sich gegen das Ende des §. 21 abgedruckt findet, dort bereits erklärt.

Eben so haben wir bereits oben (§. 20 bei Note 29) bemerkt, wie bei der nunciatio ad fiscum, wenn der Nunciator prävaricirt habe, nach Ablauf der vier Jahre nach der Nunciation noch nunciirt werden könne, weil dann die ganze Zeit des Processes, als wäre sie gar nicht vorhanden, abgerechnet wird, während nach den vier Jahren nicht mehr geklagt werden könne, wenn ohne Prävarication die Nuncia-

---

11) Nov. 112. c. 3 pr.: „quum ejusmodi recusatio reo magis quam actori conveniat."

12) fr. 32 §. 1. D. de usur. Vergl. §. 8 A. Nr. 9.

tion liegen bliebe[13]). Wäre nun durch die Nunciation die Verjährung als nicht blos interimistisch unterbrochen anzusehen, so würde das nicht so seyn, vielmehr müßte dann nach den vier Jahren noch nunciirt, respective geklagt werden können. Daraus geht also für die Unterbrechung der Verjährung durch Nunciation oder Denunciation hervor, daß sie wirklich, wie der Effect, den sie auf die Accessorien des Processes erzeugt, eine blos hypothetische ist, welche wegfällt, so wie der Proceß nicht bis zur Litiscontestation gedeiht.

Ferner ist schon an sich klar, daß die durch die conventio erzeugte mala fides des Beklagten eine blos hypothetische war; denn kam es nicht zu einer Verurtheilung, so konnte davon nicht weiter die Rede seyn.

Es läßt sich aber auch noch mehrfach die blos hypothetische Wirkung der conventio darthun. Am klarsten ergibt sich dieses durch eine Coderstelle[14]), welche so lautet:

> „Immo et illud procul dubio est, quod, si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis, si minus effluxit triginta vel quadraginta annis, et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta, cum litiscontestationem imitetur ea detentio.“

Darnach sind in ihrer Wirkung in Rücksicht der Unterbrechung der Verjährung die Detention und Litiscontestation

13) fr. 10 D. de div. temp. praescr. (44, 3). fr. 1 §. 5 D. de jure fisci (49, 14).

14) c. 7 §. 5 C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39). Vergl. §. 20 Note 31.

gleich gestellt, während die conventio weniger effectvoll erscheint. Worin anders sollte dieser geringere Effect hier liegen, als darin, daß er blos ein interimistischer in dem schon entwickelten Sinne ist?

Klar genug gewinnen wir aber auch das nämliche Resultat aus einer anderen ganz bekannten Stelle[15]), in welcher es heißt

> „In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in judicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur."

Wenn nämlich wirklich die conventio die Verjährung definitiv und nicht blos hypothetisch unterbrochen hätte, so wäre gar nicht abzusehen, weshalb für den Anfang der Verjährung in Proceß gezogener Rechte ein besonderer Zeitpunct festgegestellt wäre. Es hätte dann blos gesagt zu werden gebraucht, wenn nach der conventio die Sache dreißig Jahre liegen bleibe, so wäre sie auch verjährt. Daß sich dies anders verhält und vielmehr der Litiscontestationstermin bestimmt als der Punct nach begonnenem Processe angegeben ist, nach welchem erst die neue Verjährung möglicher Weise eintreten kann, beweist, daß, wenn der Proceß nicht bis zu ihr gedeiht, die Unterbrechung der Verjährung wieder wegfällt; denn sonst müßten wir annehmen, daß, wäre der Proceß bis zur conventio gediehen, aber nicht zur Litiscontestation gelangt, die Verjährung für immer unterbrochen wäre und dazu fehlt es in der That an jedem Grunde.

15) c. un. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14).

Einen gleichen Beweis liefert auch die Constitution Justinian's, durch welche er die Verjährung im Proceß befangener Rechte auf vierzig Jahre erweitert[16]):

„cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit, ei, qui et postulationem deposuit et in judicium venit et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est."

Von ihr gilt etwa das Nämliche, wie von der eben berührten Constitution des Atheodos.

Uebrigens führt uns auch der Inhalt der in dem vorigen §. erklärten c. 3 C. de ann. exc. zu demselben Resultate. Wir können nämlich nicht annehmen, daß Justinian den libellus conventionis, der kein vollständiger Klagvortrag war, der vielmehr nach jener von ihm herrührenden Constitution ein ganz allgemeiner seyn konnte, als einen selbstständigen Vortrag angesehen habe, vielmehr dachte er sich denselben offenbar in Verbindung mit den nachfolgenden Litiscontestationsverhandlungen, wobei der Kläger erst seine Ansprüche an Beklagten speciell entwickelte, wie wir bereits zeigten. War aber der libellus conventionis etwas an sich ganz Unselbstständiges, so konnte ihm auch nicht füglich eine selbstständige Wirksamkeit zugeschrieben werden, vielmehr nur eine so weit, als in dem Litiscontestationstermine eine Begründung desselben durch die narratio des Klägers nachfolgte und somit wirklich bestimmte Ansprüche in den Proceß hineingezogen wurden. Denken

16) c. 9 C. J. de praescr. 30 vel 40 ann. Eben so setzt die c. 1 C. de ann. exc. (7, 40) die Litiscontestation als Moment fest, von welchem an die vierzigjährige Verjährung eintreten kann. „Exceptis omnibus actionibus, licet personales sint, quae in judicium deductae sunt, et cognitionalia acceperunt certamina et postea silentio traditae sunt."

wir uns, um die Sache klarer zu machen, einen Augenblick in den speciellen Fall hinein, den auch die Constitution an die Hand gibt, wo der Kläger den Libell ganz allgemein faßte, darin blos ausdrückte, der Beklagte wäre ihm schuldig, oder es stünden ihm, dem Kläger, Ansprüche an Beklagten zu, so würde gewiß jedem wissenschaftlich gebildeten Juristen die Annahme auffallend, unangemessen und unjuristisch erscheinen, durch Mittheilung eines solchen Libells seyen alle nur möglichen rechtlichen Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten selbst in dem Falle für in judicium deducirt anzusehen, wenn ein solches und die Entwickelung specieller Ansprüche in diesem der Insinuation des Libelles nicht nachfolgte. Nicht minder unmöglich würde es aber jedem Juristen erscheinen, wenn der Kläger einen auf eine ganz specielle Anforderung gerichteten Libell eingereicht hätte, anzunehmen, auch ohne nachfolgenden Litiscontestationstermin, in welchem auch noch andere Ansprüche beigebracht und klagbar gemacht worden wären, seyen alle diese ohne Weiteres und für immer in judicium deducirt worden. Deshalb haben wir den Sinn der c. 3 C. de ann. exc. in Zusammenstellung mit den eben gedachten Stellen entschieden so zu fassen. Justinian wollte den Kläger, der sich bemühte, sein Recht geltend zu machen, seiner Thätigkeit halber möglichst mild beurtheilt und daher selbst bei zu allgemeinem oder zu speciellem Libelle Alles als in judicium deducirt angesehen wissen, worauf der Anspruch später in judicio wirklich gehörig begründet werden würde, aber auch lediglich unter der Voraussetzung, daß eine solche Begründung nachfolgte. Geschah dies nicht, so war seine Thätigkeit blos eine scheinbare, er war eben so unter die desides zu rechnen, als hätte er gar nicht gehandelt, und sein Libell hatte gar keinen Effect, oder dieser fiel wenigstens wieder weg. So

scheint die Stelle allein einen verständigen Sinn zu bieten und so gefaßt stimmt sie allein mit jenen anderen Stellen zusammen, die durch sie dann neue Bestätigung erhalten.

Ist dies richtig, so folgt aber auch aus dieser Stelle, was wir bereits stillschweigend annahmen, daß sämmtliche Effecte der Denunciation oder Insinuation des Libelles blos hypothetische waren, weil dieselbe nicht allein, wie wir in dem vorigen §. zeigten, von der Unterbrechung der Verjährung spricht, sondern von allen Wirkungen der conventio. Unsere Annahme wäre übrigens auch deshalb schon höchst wahrscheinlich, weil nicht abzusehen seyn würde, warum Das, was rücksichtlich der Unterbrechung der Verjährung und rücksichtlich der Litisaccessorien gilt, nicht eben so bei allen anderen Wirkungen der conventio statt finden sollte.

Eine Stelle[17]) könnte durch ihre Anfangsworte in Betreff der longi temporis praescriptio wenigstens gegen uns zu sprechen scheinen:

Sie lautet so:

„Cum post motam et omissam quaestionem res ad nova dominia bona fide transierit et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda, quae nunc possidet, persona, quae sicut accessione prioris domini non utitur, qui est inquietatus, ita nec impedienda est, quod ei mota controversia sit. Quod si prior inquietatus est, etsi postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis praescriptione. Quod etiam in republica servari oportet.“

---

17) c. 1 C. de praescr. l. t. (7, 33).

Ihr Sinn scheint uns ganz einfach folgender: Der Besitzer einer Sache kann nie präscribiren, wenn er einmal ihretwegen gerichtlich in Anspruch genommen ist, falls auch der Proceß liegen bleibt und von da an anderweit die Zeit der longi temporis praescriptio verstreicht. Kommt die Sache nach dem Liegenbleiben des Processes aber an einen Dritten, so präscribirt dieser in jener Zeit, versteht sich, wenn die Bedingungen dazu überall vorhanden sind, ohne daß ihm der Proceß im Wege steht; es hat aber auch keine accessio possessionis statt.

Dies erklärt sich ganz einfach. Eine Einrede vom Verlaufe der Zeit konnte der beanspruchte Besitzer nach begonnenem Processe nicht mehr hernehmen, weil er durch den Proceß wankend gemacht war und dies hinderte, ihn im rechtlichen Sinne als Besitzer zu betrachten [18]). Dann war er auf immer verhindert, die exceptio praescriptionis zu erwerben. Dies berührte aber, weil es blos auf einer Fiction beruhte, weil jene Annahme eine blos förmliche, processualische war, den Dritten gar nicht. Auf ihn übte die Litiscontestation in einem Processe Dritter so wenig einigen Effect, als bekanntlich in der Regel eine res judicata in einem solchen. Da nun aber durch den Proceß die Lage des früheren Besitzers so wurde, daß er juristisch nicht mehr als Besitzer angesehen werden konnte, so konnte der spätere wenigstens von diesem keine accessio possessionis erhalten und mußte deshalb eine longi temporis praescriptio selbstständig für sich erwerben.

So steht es noch im justinianeischen Rechte, nur kann

18) c. 10 C. de acquir. et retin. poss. (7, 32).

da der frühere Besitzer natürlich innerhalb vierzig Jahre, von dem Stillstande des Processes an gerechnet, präscribiren.

Dieses Alles festzustellen war ohne Zweifel der Zweck unserer Constitution. Dann war es bei ihr sicher nicht darauf abgesehen, den Zeitpunct allseitig und genau zu bestimmen, von wo an der Besitzer juristisch nicht mehr als solcher betrachtet werden konnte, denn der war den Juristen unzweifelhaft und ergab sich, wie wir sahen, sonst schon klar genug. Deshalb widerlegen uns die Eingangsworte der Constitution, welche allerdings auf den Moment der conventio gedeutet werden müssen, durchaus nicht und zwar um so weniger, wenn wir sie mit den folgenden Worten der zuletzt angezogenen Stelle vergleichen.

> „Interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intelligi possessorem, qui, licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in judicium deducta super jure possessionis vacillet ac dubitet.“

Aus diesen ist nämlich klar, daß die Litiscontestation eingetreten seyn mußte, um für immer, nach neuerem Rechte auf vierzig Jahre, den Besitzer der Sache juristisch nicht mehr für einen solchen halten zu können, wenn man auch, falls es zur Litiscontestation gekommen war, zu Gunsten des Klägers auf den Moment der conventio zurückrechnete, was nach der c. 1 C. de praescr. l. t. ohnzweifelhaft geschah.

Die beiden Stellen im Zusammenhange bestätigen also offenbar nur die bereits entwickelte Ansicht, daß die conventio blos hypothetisch wirkte, und es ist dabei nur noch darauf aufmerksam zu machen, daß die Wirkungen der conventio blos dann wieder wegfallen, wenn der Kläger die Schuld davon trägt, daß es nicht zu einem weiteren Fortgange des

Processes kommt; denn ist der Beklagte Schuld daran, so wird gegen ihn natürlich als contumax verfahren [19]), und es bestehen jene Wirkungen.

Dann bleibt uns nur der Punct zu untersuchen, ob es um die Wirkung der conventio wieder aufzuheben einer förmlichen Absolution bedurfte oder nicht. Sehen wir nach den zwei ersten Fällen, die wir für unsere Behauptung beibrachten, daß die conventio blos hypothetisch wirke, so müssen wir darnach wohl annehmen, daß auch ohne ein förmliches absolutorisches Decret die Wirkungen der conventio wieder wegfallen, wenn der Kläger seine ersten Proceßschritte nicht weiter verfolgt und es zur Litiscontestation bringt; denn dort ist der Werth blos darauf gelegt, daß der Kläger seinen Antrag nicht weiter fortsetzt, die Sache nicht in weitere gerichtliche Verhandlung zieht, von dem Antrage stillschweigend absteht. Natürlich träte Gleiches ein, wenn durch Schuld Klägers die conventio nicht legal bewirkt [20]) und der Litiscontestationstermin für nichtig zu halten wäre [21]).

Das nämliche Resultat scheint sich aber auch zu ergeben, wenn wir auf eine andere Stelle sehen [22]), welche wenigstens einer förmlichen absolutorischen Resolution nicht gedenkt, falls Kläger zur rechten Zeit in dem Litiscontestationstermine nicht erscheint, nach welcher vielmehr der Beklagte dann nur einfach dimittirt wird. Zwar stand es auch in dem Falle dem Beklagten frei, den Kläger förmlich edictaliter citiren zu lassen, allein dies wohl nur zu dem Ende, um die Sache dann

---

19) c. 13 §. 3 und 5 C. de jud. (3, 1).

20) Nov. 53 c. 2 und 3 Nov. 112 c. 2, vorzüglich auch §. 1.

21) Nov. cit. c. 3 §. 2 gegen das Ende.

22) Nov. cit. c. 1.

zu einem definitiven Ausschlage zu bringen [23]). Die Wirkungen der conventio wurden ja auch blos deshalb nach Justinian's Bestimmungen als einstweilen eintretend angenommen, weil der nicht fahrlässige Kläger auf diese Weise unterstützt werden sollte. Ließ er dann abermals seine Sache liegen, so gehörte er offenbar unter die desides und war deshalb nicht weiter zu unterstützen. Dies ergab sich aber ganz von selbst, auch ohne daß es durch Decret erst noch besonders ausgesprochen zu werden brauchte. Nur mußte die Nachlässigkeit klar seyn. Deshalb galt ohne Zweifel nicht das Gleiche, wo der Kläger vielleicht durch legale Hindernisse von Abwartung des Litiscontestationstermines abgehalten war, dies bescheinigte und alsbald die Sache ordnungsgemäß fortsetzte, denn hier war er unter die desides nicht zu rechnen.

Die Sache selbst führt uns aber auch sonst noch mit Nothwendigkeit zu demselben Resultate. Denn bei entgegengesetzter Ansicht würden die blos interimistischen Wirkungen der conventio, wenn darnach Kläger die Sache vor der Litiscontestation liegen gelassen hätte und ein absolutorisches Decret nicht ertheilt worden wäre, zu wirklich immerwährenden geworden seyn, so daß ihnen nicht einmal irgend eine Verjährung im Wege gestanden hätte, da die vierzigjährige Verjährung der litigiösen Rechte nur nach der Litiscontestation eintreten kann. So würde es aber blos von einem Zufalle abhängig gewesen seyn, ob die Wirkungen der conventio hypothetische, oder auch stets bestehende gewesen wären. Dies können wir als den Willen des Gesetzgebers aber nicht ansehen, theils weil überhaupt kein Recht mehr unverjährbar,

23) Nov. 112 §. 1.

eine **actio** nicht im eigentlichen Sinne **perpetua** seyn sollte, theils auch nach dem oben Ausgeführten wegen der möglichen Allgemeinheit des **libellus conventionis** zu Justinian's Zeit, zumal mit der **conventio** stets der Zeitpunct für die Litiscontestation bestimmt und es am einfachsten war, nach nutzlosem Verstrich dessen, des Klägers frühere Bestrebungen wegen neuer **desidia** ohne Weiteres ganz unbeachtet zu lassen und es so anzusehen, als wenn gar nichts geschehen wäre.

Zwar scheint es, als hätte sich nach neuestem Rechte hier Einiges geändert; denn die Reichsgesetze scheiden drei Fälle, einmal, wo Kläger gar nicht erschien, dann wo er zwar vor Gericht erschien, aber die Litiscontestation nicht bewirkt ward, endlich, wo er erschien, die Litiscontestation erfolgte und Kläger nun die Sache liegen ließ. Hier kann es Beklagter in dem ersten Falle zu einer **absolutio ab instantia** bringen, in dem zweiten steht ihm dies auch frei, er kann aber auch die Fortstellung und definitive Beendigung der Sache beantragen. In dem letzten Falle kann er es lediglich zu einer definitiven Beendigung bringen[24]), was Martin[25]) unrichtig nicht annimmt, der auch da dem Beklagten eine Instanzentbindung zu beantragen gestattet. Ueberall wird in den Reichsgesetzen bei diesen Fällen eine vorausgegangene förmliche Ladung des Klägers vorausgesetzt und es scheint fast, als wenn man ein förmliches absolutorisches Decret hier stets für nöthig erachtet hätte. Da jedoch das römische Recht in der Reichskammergerichtsordnung nicht ausdrücklich aufgehoben worden ist, so kann eine solche Nothwendig-

---

24) KGO. von 1555 III, 42. Vergl. KGO. von 1495 §. 21, ingl. von 1423 VI, 1. Allerdings wohl anders nach römischem Rechte. c. 13 C. de judic. (3, 1).

25) Martin, Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Processes §. 166.

keit doch wohl nicht angenommen werden, und es würde, selbst wenn sie nach den Reichsgesetzen anzunehmen wäre, bedenklich seyn, diesen Gesetzen allgemeine Gültigkeit in sofern einzuräumen, da wir durch sie sonst jene Unbilden bekämen, welche wir so eben rügten und welche das römische Recht klüglich vermied. Uebrigens versteht sich, daß die Wirkungen der conventio bestehen, wenn Beklagter bei der Säumniß des Klägers auf den Fortgang der Sache bringt und deren endliche Entscheidung herbeiführt.

Daß im Uebrigen die vierzigjährige Verjährung der in Proceß gezogenen Klagen, auch wenn sie Temporalklagen sind, da auch diese durch die conventio und definitiv durch die Litiscontestation perpetuirt wurden und nun nicht mehr einer kürzeren Verjährung unterlagen, erst nach dem Litiscontestationstermine eintreten konnte, wenn die Sache liegen blieb, ehe es zu einem Definitiverkenntnisse kam, läßt sich nach dem Vorhergehenden nicht bezweifeln. Daß dagegen auch noch später von dieser vierzigjährigen Verjährung die Rede seyn könnte, wie Linde meint[26]), ist offenbar nach den Worten des Gesetzes[27]) nicht anzunehmen. Denn wenn gesagt ist, **taciturnitate in medio tempore adhibita**, ingleichen vom Kläger, **litem autem implere praepeditus est**, so läßt sich dies schwerlich auf Processe deuten, welche durch Definitiverkenntniß beendigt sind, wo aber noch nicht exequirt ist; denn daß es in einer solchen Sache zur Execution kommt, ist ein reiner Zufall. Das regelmäßige Ende eines Civilrechtsstreites ist das endliche Erkenntniß. Durch Zufälligkeiten, theilweises Zahlungsunvermögen, bösen Willen

26) Linde in der Zeitschrift für Civ. Recht und Proc. Bd. 2. S. 180.

27) c. 9 C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39).

des Verurtheilten u. s. w. kann es zwar zur Execution kommen und kommt bekanntlich oft dazu; allein in der Regel, wenn das Erkenntniß klar enthält, was von dem Condemnirten zu leisten ist, ist anzunehmen, daß er leistet und sich nicht durch ein Executionsverfahren neue Kosten macht. Linde ist wohl blos dadurch zu einem nicht richtigen Resultate gekommen, daß er hier, wie Martin[28]), der auch die Execution als Hauptzweck der Processe den vorausgehenden Proceßabschnitten voraussstellt, unrichtigerweise den ganzen Proceß nur als eine Präparation der blos zufälligen Execution ansieht.

Es bleibt uns für die genauere Begrenzung des Zeitpunctes, von wo an die Litiscontestation als bewirkt angenommen wurde, nur noch zu bemerken übrig, daß dieser mit dem Momente eintrat, wo die Parteien vor dem Richter erschienen und dieser die Vorträge zu vernehmen begonnen hatte. Mit dem Beginne der Parteiverhandlungen, auch schon ehe diese beendigt waren, wurde daher die Litiscontestation für bewirkt angesehen. Dies ergeben die Worte des Gesetzes[29]) ganz klar:

> „Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.“

Dies war vorzüglich wichtig für die Fälle, in welchen der Beklagte das Eingehen auf die Sache selbst durch allerhand sogenannte dilatorische Einreden zu vermeiden suchte, deren ohngeachtet dann alle die Effecte der conventio mit dem Beginne der Litiscontestationsverhandlungen nicht mehr für bloße hypothetische zu achten waren. Allein entscheidend

---

28) Martin a. a. O. z. B. §. 123.

29) c. un. C. de lit. cont. (3, 9).

war dieser Moment wohl für die Sachen, bei denen extra-ordinaria cognitio statt hatte, wenn richtig ist, was wir über diese zu Ende des §. 24 andeuteten [30]).

Darin liegt zugleich eine Rechtfertigung für unsere Praxis, welche auch überall mit diesem Termine, wo überhaupt in Terminen verhandelt wird, die Verhandlungen mögen laufen, wie sie wollen, die Litiscontestation für bewirkt annimmt, wenn nicht etwa die Klage zurückgewiesen wird, sey es, weil sie unstatthaft ist, oder aus sonstigen Gründen. Da, wo freilich lediglich schriftlich verfahren wird, wird allerdings erst mit der Eingabe der Vernehmlassung lis für contestirt geachtet werden können.

Ob sich nun gleich nicht behaupten läßt, daß, was die Stelle in der gedachten Beziehung enthält, stets geltendes Recht war, so kann es doch auch nicht als ein später, etwa von Justinian selbst erst herrührender, Zusatz betrachtet werden, vielmehr müssen wir es für das Recht einer ziemlich frühen Zeit ansprechen, wenn wir erwägen, daß den Inhalt des Rescriptes von Severus und Antoninus auch Papinian, der mit ihnen zugleich lebte, schon nach einer Pan-

30) Ein Beweis dafür, daß schon in früherer Zeit mit Beginn der Litiscontestationsverhandlungen die processualische Consumtion eintrat, wenn sie nicht schon vorher mit der conventio eingetreten war, liegt wohl gewissermaaßen auch in einer Stelle Ulpian's, fr. 5 D. de exc. rei jud. (44, 2), in welcher es unter anderen heißt: „De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. Utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum, vel condicat de eadem tamen re." Wenigstens ist hier die Vollendung der Litiscontestationsverhandlungen nicht vorausgesetzt. Wir führten die Stelle schon oben (§. 19 Note 2) als einzigen Rest der exceptio rei in judicium deductae im Corpus Juris an.

dectenstelle[31]), welche wir oben näher betrachteten, bestätigte (§. 19 Note 25 und der Text dazu). Daß man bei den Händeln, welche nicht durch Denunciation eingeleitet wurden und wo wohl der Beklagte von dem Klaganspruche erst in dem Litiscontestationstermine durch die Edition der Klage in Kenntniß kam, die Wirkungen, die ursprünglich blos die Litiscontestation erzeugt hatte, welche aber später auf die Denunciation übergegangen waren, auf den Moment der Edition übertrug, muß um so angemessener und natürlicher gefunden werden, als sie einestheils bereits bei den Denunciationshändeln schon noch weiter vorgerückt waren und als ja ohnedem anderentheils, wenn sich die vollständigen Litiscontestationsverhandlungen nicht unmittelbar an die actionis editio anschlossen, dies doch in der Regel nur auf Veranlassung des Beklagten und zu dessen Bestem geschah. Sicher war dies schon vor Papinian und den genannten Kaisern geltendes Recht.

Daraus erklärt sich auch leicht Das, was wir oben zu Ende des §. 21 über den Eintritt der mora bei den Interdicten bemerkten.

Uebrigens war natürlich der Moment des Beginnes der Litiscontestationsverhandlungen auch nicht durchgängig für alle Puncte, welche bei der Litiscontestation in Frage kamen, unbedingt entscheidend, namentlich nicht für die Handlungen, welche der Beklagte dabei vorzunehmen hatte und von welchen wir bereits in diesem §. sprachen.

Zum Schlusse müssen wir jetzt noch von unserer Stelle im Zusammenhange mit einer anderen[32]) sprechen, welche uns

---

31) fr. 50 §. 2 D. de pecul. (15, 1).
32) c. 3 C. de edendo (2, 1).

eben so, wie ihr Zusammenhang mit unserer Stelle, wenn auch hier nicht in allen Beziehungen, interessirt. Es wird am besten seyn, sie zunächst beide neben einander vollständig abdrucken zu lassen.

c. 3 C. de edendo.

„Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam mutari et emendari licet; prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit aequitas."

c. un. C. de L. C.

„Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit."

Ganz vollständig und richtig scheinen uns bisher dieselben nirgends in ihrem historischen Zusammenhange aufgefaßt worden zu seyn [33]).

Daß die Stellen ursprünglich zusammen gehörten, ist theils unseres Wissens fast von Allen, die sie behandelten, angenommen und dargethan worden, theils geht es aber auch

---

33) Ueber die Stellen ist in folgenden Schriften Verschiedenes zu finden: *Odofr.* ad C. ad c. 3 C. de ed. *Placentin.* in C. eod *Alber. de Rosate* in C. eod. *Bartol.* in C. eod. *Bolognet.* in C. eod. *J. Mayn.* in C. eod. *Salicet.* in C. eod. *Cujac.* in C. eod. *Donell.* in C. eod. *Giphan.* expl. diff. loc. C. eod. *Voet.* comm. ad Pand. II, 13, §. 9. *Wissenb.* Exerc. ad Pand. I, 8 §. 20 und in C. ad c. 3 de ead. Goldschmidt, Ueber Litiscontestation und Einreden, S. 14. Beyer, Ueber Aenderung des Klaglibells S. 33 fgg. Keller, Litiscontestation und Urtheil S. 12 fgg. S. 57 fgg.

aus deren Inhalte so bestimmt hervor, daß wir darüber nochmals besonderen Beweis zu führen nicht für nöthig achten.

Der einfache Sinn der Stellen, wie sie auf uns gekommen sind, ist offenbar folgender: Man darf nach der Edition der Klage diese noch in den Grenzen mutiren und emendiren, wie sie das **Edictum perpetuum** oder das Ermessen des Magistrates bestimmt; denn die Edition ist von der Litiscontestation sehr verschieden; indem die Litiscontestation mit dem Beginne der Terminsverhandlungen vor dem Richter eintritt. Sie ist also mit dem Momente nicht zu verwechseln, wo entweder der Richter wegen der Proceßeröffnung blos angegangen, oder auch vor Eröffnung der Terminsverhandlungen dem Beklagten die Klage speciell bekannt wird.

Die Stellen stammen aus der classischen Zeit und zwar aus dem Jahre 203 (202)[34]. Die Denunciation war nicht lange vor deren Erlaß als allgemeine Proceßeröffnungsart eingeführt worden; denn Marcus Aurelius Antoninus regierte mit Lucius Verus vom Jahre 161 bis 169, allein von da an bis 176 und mit seinem Sohne Commodus von da bis 180.

Wenn nun bekanntlich auf die Denunciation eine Menge ursprünglich mit der Litiscontestation verbundener Wirkungen übergegangen waren, auch bei den bei dem Kaiser eröffneten Processen wenigstens früherhin schon mit den **preces oblatae** die Litiscontestation, versteht sich immer nur theilweise, für bewirkt gehalten wurde[35]), — das Rescript von Arcadius

34) Vergl. die Spangenberg'sche Ausgabe des C. J. und zwar die Note zu der c. 3 C. de edendo. Es kommt uns übrigens hier auf das Jahr nicht an.

35) c. 8 C. Th. de div. rescr. (1, 2).

und Honorius stellt das als eine längst ausgemachte Sache hin, — so konnte den Juristen unter den angeführten Umständen für einzelne Fälle wohl zweifelhaft seyn, wie weit die Wirkungen der Litiscontestation auf einen früheren Moment, den der conventio, — vel actionis species ante judicium reo cognita, — oder gar auf einen noch früheren, des Anbringens des Klägers bei dem Richter, — si tantum postulatio simplex celebrata sit, — als übergegangen zu betrachten seyn möchten, zumal sich die Veränderungen nur erst nach und nach gebildet zu haben scheinen. So viel nun die processualische Consumtion betrifft, so hatte sich, wie wir sahen, die Sache nach und nach dahin festgestellt, daß sie schon mit der conventio eintrat, von welcher an die Klage daher, wie früher von der Litiscontestation an, nicht mehr geändert werden konnte. Sollte ein aliud pro alio intendirt werden, so mußte vielmehr der Kläger einen ganz neuen Proceß beginnen [36]). Dies scheint man denn doch aber in der Praxis in voller Strenge auszuführen, nicht allenthalben angemessen gefunden zu haben, und deshalb gestattete vielleicht schon früher das Edict, jedenfalls später das edictum perpetuum [37]), die Klagänderung, wenn nicht allgemein, doch sicher in Ausnahmsfällen, ja, damit begnügte man sich nicht einmal, sondern überließ auch noch dem Magistrate nach Ermessen im einzelnen Falle zu bestimmen, ob und wie die Aenderung zu gestatten sey. Ueber die Bestimmungen des edictum perpetuum und die jus reddentis aequitas später noch ein Wort. Dies mußte für eine Zeit um so angemessener erscheinen, wo

36) Gaj. IV, 55.

37) Der Ausdruck edictum perpetuum kommt zwar schon vor Hadrian's edictum perpetuum vor, allein Justinian möchte den Ausdruck wohl in engerer Bedeutung nehmen.

denn doch nach und nach der sogenannte **ordo judiciorum privatorum** mehr und mehr seinem Ende zuging.

Ein specieller Fall, wo die Zulässigkeit der Aenderung oder Verbesserung einer Klage zweifelhaft war, gab wohl jedenfalls die Veranlassung zu dem Rescripte, welches bei der Gelegenheit nicht unpassend darauf aufmerksam machte, daß überhaupt der Unterschied zwischen **conventio**, also auch **denunciatio** und **litiscontestatio**, aller vorgegangenen Veränderungen ohngeachtet, festzuhalten sey. Welchen ganz richtigen Sinn diese Anmahnung hatte, haben wir bereits im Eingange dieses §. gesehen. Die **denunciatio** ist wohl deshalb nicht besonders herausgehoben, weil sie blos eine Art der **conventio** war. Diese konnte auch auf andere Weise als durch **denunciatio** erzeugt werden.

Beiläufig ist zu bemerken, daß in den Worten: **Edita actio speciem futurae litis demonstrat etc.** ein abermaliger Beweis dafür liegt, daß vor Justinian jedenfalls die **conventio** so geschehen mußte, daß der Beklagte daraus die Klage zu erkennen im Stande war. Dies gilt dann, wie wir sahen, ebenfalls von dem **libellus conventionis**.

Was die ursprüngliche Verbindung der zwei Stellen betrifft, so wäre freilich möglich, sich die aus dem Titel **de litiscontestatione** vorangestellt zu denken; allein das Umgekehrte ist das Wahrscheinlichere. Der specielle Grund des Erlasses steht dann, wie gewöhnlich in den Rescripten und wie es auch das Einfachere und Natürlichere ist, voraus, die allgemeinere Erörterung über den noch bestehenden Unterschied zwischen **conventio** und **litiscontestatio** folgt nach und es war wahrscheinlich ursprünglich, wie schon sonst bemerkt[38]),

38) Goldschmidt, Ueber Litiscontestation und Einreden S. 14 Note 1. Bayer, Ueber Aenderung des Klaglibells S. 36.

durch ein nam oder enim die zweite Stelle mit der ersten verbunden.

Daß man unter Justinian die Constitution trennte und ihre Theile an verschiedenen Orten einwob, erklärt sich ganz natürlich. Da die Aenderung einer Klage nämlich, wie wir sahen, zu Justinian's Zeit stets bis zum Definitiverkenntnisse gestattet war[39]), also auch nach der Litiscontestation, so hatte für diesen Zeitraum auch gar keine Bedeutung mehr, was in der Constitution in so fern von dem Unterschiede der conventio und litiscontestatio gesagt war. Die Erwähnung der Litiscontestation und daß sie eine Grenze für die mutatio libelli gebildet, würde sogar jetzt sinnlos gewesen seyn. Deshalb trennte man Das, was gesagt war, um diesen Unterschied herauszuheben. Es lag nur daran, auszusprechen, daß nach der edita actio eine Mutation, und zwar verstand sich stillschweigend bis zum Definitiverkenntnisse, statthaft war. Lediglich die Worte speciem **futurae** litis demonstrat nach edita actio könnten daran irre machen[40]). Nach der Institutionenstelle können sie aber keine Bedeutung haben und wir haben anzunehmen, daß sie, wenn nicht aus Versehen, wenigstens ohne besondere Absicht stehen gelassen wurden, da sie blos zu der Zeit, als die Constitution geschrieben ward und in Verbindung mit dem Theile der Constitution, welcher in den Titel de litiscontestatione geworfen ist, den ganz guten Sinn hatten, daß vor der Litiscontesta-

39) §. 35 I. de act. (4, 6).

40) Vergl. vor Allem *Donell.* a. a. O., der ganz richtig entwickelt, daß in der Stelle das Aendern der Klage auch nach der Litiscontestation gemeint sey; aber doch über unsere Worte bedenklich wird und sich dahin ausspricht: „Ac prope est, ut de actione ante litem contestatam mutanda videantur tantum sensisse imperatores.“

tion noch gar keine lis vorhanden war und daß deshalb bis dahin das Mutiren der Klage erlaubt seyn sollte, was nach Eröffnung der lis mit der Litiscontestation jedenfalls nicht mehr zuzulassen war. Dagegen hatte der Unterschied zwischen conventio und litiscontestatio in anderer Beziehung, wie wir sahen, noch eine große Bedeutung. Deshalb war es passend, dies auszusprechen, und dies geschah natürlich am passendsten in dem Titel de litiscontestatione, wo von der Sache nothwendig zu handeln war.

Was die bei der Aenderung der Klage ausgesprochenen Beschränkungen betrifft, so mag das edictum perpetuum die wesentlichen Beschränkungen schon enthalten haben; allein wie die processualischen Verhältnisse sich oft im einzelnen Falle unerwartet ganz besonders gestalten, ist uns Allen bekannt. Deshalb mußte für unerwartete Fälle der Richter eingreifen können. Was das edictum perpetuum ordnete, wissen wir nicht. Fast alle Schriftsteller der Note 33, welche diesen Punct herausheben, beziehen dies auf die Vorschrift des Edictes [41]), nach welcher der Kläger vor Allem seine Klage zu ediren hat, damit Beklagter weiß, ob er nachgeben oder streiten soll und im letzteren Falle sich zur Vertheidigung bereiten kann und verlangen demnach bei eintretender Klagänderung nur die alsbaldige Edition. Dies hat vielen Schein für sich und namentlich für das justinianeische Recht den ganz guten Sinn, daß Aenderung unter gehöriger Beobachtung der Vorschriften bei der Klagerhebung überall zulässig sey. Dies war aber in der That der Fall nach der bekannten Institutionenstelle. Doch läßt sich dies nicht mit voller Ge-

41) fr. 1 pr. D. de edendo (2, 13).

wißheit verbürgen. Die jus **reddentis aequitas** ist dann aber sehr verschieden erklärt worden. Einige beziehen sie lediglich auf eine in **integrum restitutio**, die der Prätor **post acceptum judicium** ertheilt habe [42]), Andere beziehen sie auf den von dem mutirenden Kläger zu leistenden Kostenersatz [43]), auch wohl auf das Ermessen des Richters, wenn zweifelhaft ist, ob Kläger blos aus Irrthum mutirte, — denn dem nicht Irrenden soll die Aenderung nicht zugelassen werden, — oder auch auf den Fall, wo bei electiver Klagenconcurrenz zu ermessen war, ob sich Jemand nach den Gesetzen [44]) durch die Wahl der einen Klage den Uebergang zu einer anderen abgeschnitten hatte, was man auch bei dem Uebergange von einer infamirenden zu einer nicht infamirenden Klage anzunehmen hat [45]). Allein alle diese Beziehungen scheinen zu enge. **Aequitas** deutet allerdings häufig auf eine in **integrum restitutio**, aber eben so auf billiges Ermessen des Richters überhaupt [46]) und es ist kein Grund vorhanden, es hier in der ersteren eingeschränkten Bedeutung zu nehmen; vielmehr streitet allerhand dagegen. Den bloßen Bezug auf die Kosten hindert das **vel**, was wohl zu Zeiten, aber sehr ausnahmsweise für **et** steht [47]). Und warum soll die **aequitas** des Richters nicht überhaupt auf ein billiges Ermessen, was alle die erwähnten Fälle und noch andere, nicht überall im voraus zu bestimmende, in sich schließt, bezogen werden, da eine beschrän-

---

42) *Cujac.* a. a. O. *Noodt.* de jurisd. I, 13.

43) *Donell.* a. a. O. Vergl. auch *Zoesius* in C. ad tit. de ed.

44) Bayer a. a. O. S. 67 fgg.

45) *Gyphan.* a. a. O. S. 35.

46) *Brisson.* de V. S, ingl. *Dirksen*, Manuale, unter dem Worte aequitas.

47) Bayer a. a. O. S. 40.

kende Erklärung des Wortes durch nichts geboten, oder auch nur gerechtfertigt wird? Denken wir nur an wiederholte leichtfertige, oder auch solche Aenderungen, welche blos vorgenommen werden, um eine schlechte Sache in das Weite zu ziehen und dergleichen. Wir würden daher glauben, unter aequitas sey hier jedes billige Ermessen des Richters zu verstehen.

Die zertheilte Constitution, bemerken wir schließlich, kann nach alle Dem sehr wohl bis auf den letzten Satz ächt seyn, und wir haben nicht einmal mit Keller[48]) anzunehmen, daß der ganze letzte Satz interpolirt seyn müsse. Denn wenn richtig ist, was wir schon früher (§. 19. Note 25 und der Text dazu) und auch in diesem §. herauszusetzen suchten, so paßt die Bestimmung des Zeitpunctes der Litiscontestation von den Worten an: Lis enim tunc contestata videtur etc. sehr wohl auch für die Periode, aus welcher die Constitution stammt, und nicht lediglich für die spätere, wo, nach Aufhebung der Theilung der Rechtshändel in Verhandlungen in jure und in judicio, extra ordinem verfahren, die ganze Sache bis zum Schlusse vor dem Magistrate verhandelt wurde. Ja, wenn dies bis dahin nicht vollständig anerkannt war, so war es gar nicht überflüssig, dies in der Constitution besonders herauszuheben. Nur kann dann ursprünglich wohl nicht judex in dem Schlußsatze gestanden haben, da lis zu jener Zeit schon mit der Edition vor dem Magistrate in den gedachten Beziehungen für contestirt zu halten war, und judex wohl zu Justinian's Zeit, aber nicht zur Zeit des ordo judiciorum privatorum, den Magistrat bezeichnen konnte. Hätte in der Stelle freilich der Moment der Litiscontestation nach älterem Rechte als der Schluß der Verhandlungen in jure bestimmt wer-

48) Keller a. a. O. S. 62 fg.

den sollen, was aber nach dem Früheren nicht recht wahrscheinlich ist, so wäre allerdings eine durchgehende Interpolation des ganzen letzten Satzes möglich und dann könnte der Ausdruck judex vielleicht noch aus der früheren Zeit allein stehen geblieben seyn; denn dann würde der Zeitpunct der Litiscontestation wohl am richtigsten so bestimmt worden seyn, daß er mit der Wahl des judex für den einzelnen Proceß eingetreten wäre, welche Wahl bekanntlich den Beschluß der Verhandlungen in jure ausmachte, nachdem die wechselseitige Aufrufung der Parteien vor Feierlichkeitszeugen, zu dem bestimmten Tage vor dem judex zu erscheinen, weggefallen war, mit welchem Acte in der frühesten Zeit, wie wir oben sahen (§. 6.) die Verhandlungen in jure schlossen und mit welchem daher die Litiscontestation als eingetreten angesehen ward.

§. 26.

Rückblick auf die Resultate der Untersuchung.

Ueberblicken wir jetzt am Ende unserer Aufgabe nochmals deren wesentlichen Inhalt, so ergibt sich als gewonnenes Resultat Folgendes:

Die Denunciation ist eine Form zu Feststellung von Rechten, welche die Gegenwart von drei Feierlichkeitszeugen und am Schlusse eine testatio oder nuncupatio, vielleicht diesen Aufruf jedoch nicht überall, voraussetzte. Sie faßte das festzustellende Recht in sich und mußte dieses bestimmt ausdrücken. Dieselbe steht neben dem Testamente, überhaupt der Mancipation, mit welcher sie die größte Aehnlichkeit hatte. Blos dem Inhalte nach scheiden sie sich, und die Zahl der Zeugen war eine andere. Wir haben die enge Verwandtschaft zwischen beiden um so mehr anzuerkennen, als sie auch sprachlich offenbar in dem engsten Zusammenhange stehen. Ohne die Mancipation würde das Wesen der Denunciation schwie-

rig ganz herauszufinden seyn, weshalb wir mit dem ausgezeichnetsten Mancipationsfalle, dem Testamente, welcher zugleich der ausgeprägteste ist, nach der sprachlichen Grundlegung, unsere Untersuchung begannen. Wie die Mancipationszeugen eine Volksversammlung, die Mancipation selbst einen Volksschluß wahrscheinlich repräsentirte, so auch die Denunciationszeugen und die Denunciation.

Wir finden sie noch in unseren geltenden Rechtsquellen vielfach für nicht processualische Rechtsverhältnisse angewandt. Ihre mannigfachen Wirkungen dabei haben wir bei den einzelnen Denunciationsfällen kennen gelernt. Sie sind für uns nicht von sonderlicher practischer Bedeutung, weil die Praxis, wie wir bemerkten, im allgemeinen die Denunciation als geltendes Institut nicht anerkannte, obwohl das pignus quasi publice confectum und einiges Andere [1]) damit zusammenhängt und ferner für die Lehre von den Protestationen daraus allerhand zu entlehnen seyn möchte. Wir haben diesen Punct in unserer Abhandlung übergangen, weil sie eine vorzüglich processualische Tendenz hatte. Davon, daß die Glosse schon gegen eine allgemeine Anwendbarkeit der Denunciationen sich entschied und diese sonach nur theilweise und in veränderter Gestalt in das Leben traten, kommt es ohne Zweifel her, daß die Lehre von ihnen noch nirgends im Umfange behandelt worden ist.

Für den Proceß ist unser Institut vorzüglich wichtig. Dies ist auch anerkannt und dasselbe nach der Seite hin mehrfach behandelt worden; allein auch da nirgends umfangreich und zusammenhängend genug.

In processualischer Beziehung haben wir nun nachgewiesen, daß sie schon in der ältesten Zeit bei der Litisconte-

1) §. 4 Note 9 und 10.

station vorkam, ja, daß sie da den eigentlichen Moment der Litiscontestation ausmachte, die davon den Namen trug. Gleichfalls sahen wir, daß drei Zeugen, jedoch schwerlich die bei der Litiscontestation angewandten, wieder in judicio erschienen und dem darin Vorgehenden die öffentliche Glaubwürdigkeit und Dauer sicherten.

Außerdem finden wir die Denunciation aber auch sonst schon sehr früh im Legisactionenprocesse für die legis actio per condictionem angewandt, welche davon, daß sie mittelst Denunciation eröffnet ward, den Namen bekam.

Die Nothwendigkeit des Entstehens dieser legis actio fanden wir vornämlich darin, daß die legis actio sacramenti zu steif, formell, umständlich und zum Theil für die Parteien nachtheilig und bedenklich war, während bei der legis actio per judicis postulationem zu viel in den Händen des Richters lag. Für die Händel wegen pecunia certa und res certa, welche sehr häufig vorkamen und Beschleunigung und strenges richterliches Ermessen erforderten, paßten jene beiden Formen um so weniger, als bei ihnen mittelst in jus vocatio der Proceß eröffnet wurde, welche eine unsichere und rohe Proceßeinleitungsart war. Deshalb entstand die neue Legisaction, welche statt mit in jus vocatio mittelst denunciatio eröffnet ward, durch welche der Beklagte, anders als bei der in jus vocatio, von des Klägers Anspruch in Kenntniß kam, so daß er vorbereitet erscheinen und, erschien er nicht, ein schleunig zum Ziele führendes Ungehorsamsverfahren gegen ihn eingeleitet werden konnte.

Die Denunciation als Proceßeinleitungsart blieb auch nach Aufhebung der Legisactionen und wurde nach und nach auf immer mehr Gegenstände angewendet. Ja Marcus Aurelius gestattete sie als allgemeine Proceßform zu ge-

brauchen. Da nun einestheils durch sie die beschwerlichen, förmlichen Vadimonien vermieden wurden, anderntheils sich aber nach und nach mit ihr allerhand dem Kläger namentlich günstige Wirkungen verbanden, welche ursprünglich lediglich mit der Litiscontestation eingetreten waren, so nahm sie immer mehr und mehr überhand und wurde zuletzt das Ordinarverfahren. Dies ist namentlich nach dem Codex Theodosianus der Fall.

Die auf die Denunciation übergegangenen Wirkungen waren die processualische Consumtion, die Perpetuation der Klagen, Unterbrechung der Verjährung und Transmission derjenigen Klagen auf die Erben, die sonst auf diese nicht übergingen, in activer und passiver Beziehung, endlich ein Festbannen des streitigen Rechtes und des Streitobjectes. Mit dem letzteren hängt zusammen die fingirte mala fides und mora des Beklagten, ferner daß das Object zum unveräußerlichen wurde, endlich daß der Besitzer nach bewirkter Denunciation keine Ersitzung vollenden konnte.

Da diese Wirkungen in der That die wichtigsten waren, so wurde nach und nach von der Denunciation an der Beginn der lis gerechnet. So namentlich im Codex Theodosianus.

Fristen pflegen sich mit der Zeit ohnedem im Gebrauche mehr zu erweitern, als zu verengen, und da man zuletzt in der Regel alle Sachen mittelst Denunciation einleitete, so erweiterte sich nach und nach auch die Denunciationsfrist immer mehr, denn nicht alle Sachen, vorzüglich wo viele Exceptionen vorgeschützt werden konnten, vertrugen so kurze Frist.

Deshalb wurden die Sachen, welche Eile erforderten, nach theodosischem Rechte nicht mehr durch die ursprünglich allerdings, aber nicht in ihrem Fortgange überall schleunige

Denunciation eingeleitet, sondern wurden mit Umgehung aller langen Fristen und Denunciationsfeierlichkeiten nach Citation des Beklagten kürzlich mündlich vor dem Richter verhandelt. Unter diese Sachen gehörten aber gerade auch die Darlehnsklagen, welche zuerst die Proceßeröffnung durch Denunciation veranlaßt hatten.

Diese bequemere Art den Proceß einzuleiten wurde dann, nachdem man die beschwerlichen Fristen und Solennitäten weggeworfen hatte, später zur allgemeinen. Sie ist im wesentlichen noch ganz die Weise, nach welcher wir jetzt die Processe einleiten. Es wurden für sie nur noch neue Bestimmungen über die Nothwendigkeit eines Klaglibelles, über dessen Insinuation, über zu leistende Cautionen und Fristen getroffen. Neben diesem neuen Ordinarverfahren scheint sich jedoch wieder für manche Händel ein einfacheres, wie wir sagen würden, summarisches Verfahren gebildet zu haben.

Die auf die Denunciation übergegangenen ursprünglichen Wirkungen der Litiscontestation blieben aber auch bei der neueren, namentlich in dem justinianeischen Rechte geltenden Proceßeröffnungsweise von der Litiscontestation getrennt und traten da mit der Insinuation des libellus conventionis, also bei uns mit Mittheilung des ersten den Proceß eröffnenden Decretes, ein, welcher Moment ganz der nämliche war, wie ursprünglich derjenige, wo die Denunciation an den Beklagten kam. In beiden lag eine conventio des Beklagten. Von der processualischen Consumtion nur galt nicht überall ein Gleiches, sondern nur so weit, als sie überhaupt in einzelnen Momenten gesetzlich festgehalten worden war.

Die übrigen Wirkungen der Litiscontestation, so weit sie namentlich von einer Thätigkeit des Beklagten abhingen, blieben bei der Litiscontestation. Schon deshalb blieb diese

immer ein wichtiger Moment. Sie war dieses aber auch deshalb, weil jene Wirkungen der conventio nur hypothetische waren, die wieder verloschen, wenn es durch Klägers Schuld nicht zu einer Litiscontestation kam. Lis wurde aber, wo es sich nicht um eine Thätigkeit des Beklagten handelte, für contestirt gehalten mit dem Beginne des Litiscontestationstermines.

Nur dieser ganze Zusammenhang der Dinge machte uns möglich, mehrere noch jetzt anwendbare, am Schlusse der Abhandlung von uns interpretirte Gesetzstellen des Corpus Juris vollständig zu verstehen.

Quellenregister.

Die Sternchen bezeichnen die Stellen, zu deren Verständniß Etwas beigetragen ist. Die eingeklammerten Zahlen gehen auf die Seiten.

I. Vorjustinianeische Rechtsquellen.

20

II. Justinianeische Rechtsquellen.

A. Institutionen.

B. Pandecten.

C. Codex.

D. Novellen.

III. Nachjustinianeische Rechtsquellen.

Reichsgesetze.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

Druckfehler.

Seite 10 Note 48 Z. 2 statt creditorem debit. lies debitorem vendit.
— 16 Note 12 Z. 1 statt Gell. N. A. lies Gell. N. A. VI, 12.
— 19 Z. 15 st. sein Recht l. kein Recht
— 32 Note 1 Z. 1 st. contestatio l. contestari
— 40 Note 15 Z. 2 statt §. 1. l. §. 4.
— 51 Z. 10 st. darum nicht l. darum im Legisactionenprocesse gar nicht
— 51 Note 21 Z. 11 st. 108 l. 180.
— 54 Z. 5 von unten st. Schußact l. Schlußact
— 58 Z. 2 von unten st. Magistrates l. Magistrates,
— 75 Note 22 Z. 1 st. min. l. maj.
— 90 Note 13 Z. 4 st. V. A. §. 7 l. V. 5 A. §. 7.
— 91 Z. 1 st. Schuldner l. Gläubiger
— 94 Note 6 Z. 2 st. scientibus plurimis l. „scientibus plurimis"
— 104 Note 26 Z. 4 st. (4, 22) l. (4, 21).
— 134 Note 19 Z. 1 st. fr. 2 §. 1 fr. 2 l. fr. 2 §. 1 fr. 3.
— 148 Z. 8 st. egis actio l. legis actio
— 156 Note 18 Z. 6 von unten st. de jud. l. de re jud.
— 169 Z. 6 von unten st. Richter l. Privatrichter
— 202 Z. 7 von unten st. Processe l. Processe über Vermögen
— 233 Note 26 Z. 3 st. Paul. R. S. V. A. 7 l. Paul. R. S. V, 5, A. 7.
— 257 Z. 10 st. Formelle l. Materielle
— 290 Z. 8 st. denunciatio und l. denunciatio, und



